Auslegung

der

lex 79 pr. D de heredibus instituendis 28,5.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der jurstischen Doctorwürde

bei der

juristischen Facultät der Ludewigs-Universität zu Giessen

vorgelegt von

Philipp Geyl,
Gerichts-Accesist zu Mainz.

MAINZ.
Philipp von Zabern's Druckerei.
1894.

Auslegung

der

lex 79 pr. D de heredibus instituendis 28,5.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der jurstischen Doctorwürde

bei der

juristischen Facultät der Ludewigs-Universität zu Giessen

vorgelegt von

Philipp Geyl,
Gerichts-Accesist zu Mainz.

MAINZ.
Philipp von Zabern's Druckerei.
1894.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538127_0030

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

§ 1. Rechtfertigung für die Erwählung der vorliegenden Stelle zum Gegenstande einer Abhandlung. Aufzählung der drei Fälle der institutio ex re certa. Vorliegende Stelle beschäftigt sich nur mit dem zweiten.

§ 2. Plan der folgenden Darstellung.

I. Abschnitt.

§ 3. Thatbestand unseres Responsums. Zwei Erben sind auf res certae eingesetzt. Eine solche Verfügung widerstreitet den Prinzipien des römischen Erbrechts.

§ 4. Widerlegung der Ansicht Kuntzes, dass die institutio ex re certa die normale römische Erbeinsetzung der Urzeit gewesen sei.

II. Abschnitt.

§ 5. Aufrechterhaltung der Verfügung und zwar als Erbeinsetzung. Beleg durch weitere Quellenstellen. Scheidung zwischen Einsetzung auf Sachganze (l. 79 D pr. de her. inst. l. 35 D. de her. inst. l. 17 pr. D. de test. mil. 29, l. l. 11 D. de her. inst.) und Einsetzung auf Sachtheile (l. 10 D. de her. inst. l. 9 § 13 D de her. inst.) Gelten die Instituirten als heredes sine partibus oder omn. partibus.

§ 6. Besprechung der substitutio ex re certa und des ersten und dritten Falls der institutio ex re certa.

§ 7. Grund der Aufrechterhaltung. Respekt der Römer vor der Bedeutung und Kraft des individuellen Willens. Warum wurde die heredis institutio ex re certa gerade als Erbeinsetzung aufrecht erhalten? Willensauslegung, offenbarer und vermutlicher Wille. Besprechung der Padelettischen Ansicht.

§ 8. Zeit der Entstehung der benigna interpretatio.

III. Abschnitt.

§ 9. Was bezweckte der Erblasser mit der rei mentio? Wie steht es mit der Verwirklichung des in der rei mentio ausgesprochenen Willens? Im Falle der Einsetzung auf Sachganze bekommen die Eingesetzten die res certae und zwar als Vorvermächtnisse, im Falle der Einsetzung auf Sachteile dagegen nicht. Grund der verschiedenen Entscheidung die Verschiedenheit des vermutlichen Willens.

§ 10. Weitere Widerlegung der Ansicht Kuntzes und ihrer Konsequenzen.

§ 11. Widerlegung der Ansicht Padelletis, der den Grund der verschiedenen Entscheidung in der Verschiedenheit der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit, der Art und Weise, wie der letzte Wille ausgedrückt ist, findet.

§ 12. Seit wann wird der in der rei mentio ausgesprochene Wille durchgeführt. Stillschweigende Präfideikommisse.

§ 13. Institutio excepta re certa. Weitere Gestaltung des ersten und dritten Falls der institutio ex re certa.

§ 14. Besprechung der Behandlung des unverteilt gebliebenen Nachlasses, Vertheilung der Erbschaftsschulden.

IV. Abschnitt.

§ 15. Judicium familiae herciscundae. Erklärung der Worte „factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus."

§ 16. Untersuchung, ob die dem Freigelassenen und Titius iure legati zufallenden Bestandtheile der mütterlichen und väterlichen Güter Gegenstand von Universal- oder Singularfideikommissen sind. Erklärung der l. 17 § 5 u. 6. D. ad Sct. Treb. 36, 1.

§ 17. Fälle, in welchen die Instituirten ihre res certae nicht oder nicht ganz bekommen können, lex Falcidia.

§ 18. Compensatio legatorum mutuorum, l. 22 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2. Gegensatz von Kompensation und Imputation.

§ 19. Durchführung der Kompensation im Falle unserer Stelle.

§ 20. Auslegung der Worte „doli ratione quadranti retinando."

V. Abschnitt.

§ 21. Weshalb ist das testam. pagani für unsere Stelle Voraussetzung?

Schlussbemerkung.

§ 22. Heutige Anwendbarkeit u. Behandlung der institutio ex re certa.

§ 1.

Der Text unserer Stelle lautet:

> Papinianus libro sexto responsorum! Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium. iure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi salva Falcidia scilicet, ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.

Wenn ich mich zur Auslegung der vorliegenden Stelle entschlossen habe, so geschah dies einmal in Erwägung der Thatsache, dass sie, wenigstens ihrem gesammten Inhalte nach, seit Cuiacius [1]) eine ausführliche und gründliche Behandlung nicht mehr erfahren hat, vor Allem aber angezogen von dem vielen Interessanten, das sie enthält. In wenigen Sätzen den Kern verschiedener Rechtslehren enthüllend, liefert sie uns ein Beispiel jener unübertrefflichen Kunst Papinians, des Altmeisters der römischen Jurisprudenz, aus einem gegebenen Falle den Grundsatz zu ziehen, die Regel zu bilden.

Die Erörterung zweier Lehren hat sie vorzüglich zum Inhalte, die Lehre von der institutio ex re certa und die Lehre von der compensatio legatorum mutuorum; für andere, so das Verhältniss des ius commune zum ius militare, Lehre

---

[1]) Comment. Jacobi Cuiacii in lib. VI Respons. Papin. edit. Neapolit. IV S. 1046. Bei Würdigung der Stelle sagt hier Cuiaz: hoc responsum intellectu quidem facile, sed explicatu sane difficile; einige Worte weiter: facilius intelligi quam verbis explanari podest.

von der Willensauslegung, Prälegate und Präfideikommisse, lex Falcidia gibt sie beachtenswerthe Aufschlüsse.

Die Interpretation der Stelle ist zum grossen Teile von rechtsgeschichtlicher Bedeutung. Denn die materiell rechtlichen Unterschiede zwischen dem bürgerlichen und Soldatentestamente sind heute aufgehoben,[2]) die institutio ex re certa erfährt nach germanischem Rechtsbewusstsein grundsätzlich eine andere Behandlung.[3]) Die lex Falcidia wurde schon unter Justinian aus einer zwingenden zu einer dispositiven Rechtsnorm.

Bezüglich der institutio ex re certa ist vorweg zu bemerken, dass es drei Fälle dieser Art der Erbeinsetzung gibt: erstens, es ist nur ein Erbe ernannt und zwar auf eine bestimmte Sache (l. 1 § 4 D de her. inst. 28, 5; l. 41 § 8 D de vulg. et pup. subst. 28, 6); zweitens, es sind mehrere Erben und zwar sämtlich auf bestimmte Sachen eingesetzt; drittens, es sind mehrere Erben instituirt, darunter einige ordentlich, einige ex rebus certis.[4]) (c. 1 C. Greg. fam. erc. III, 4; c. 13 C. de her. inst. 6, 24.)

Unser Responsum beschäftigt sich ausschliesslich mit dem zweiten Falle, dass mehrere Erben und zwar sämtlich auf Einzelobjekte eingesetzt sind. Seine Klarlegung bildet desshalb auch den Hauptgegenstand der Abhandlung; die beiden anderen Fälle werde ich des Vergleichs halber heranziehen, sie können aber da von geringerem Interesse für uns in der Abhandlung nur beiläufige Berücksichtigung finden.

§ 2.

Unsere Stelle bietet ihrer ganzen Struktur nach sehr deutliche Abschnitte. Zunächst weisen die Worte „qui non

[2]) Wir haben nach dem Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 ein neues Militärtestament, welches aber bloss formell von dem Zivil-testament abweicht.

[3]) Darauf komme ich am Schlusse der Abhandlung zu sprechen.

[4]) Diese Reihenfolge ist die nach dem Vorgange Neuners übliche und von sämtlichen Schriftstellern akzeptierte.

militabat“ darauf hin, dass es sich um das Testament eines Nichtsoldaten handelt.

Die Gründe dafür wərde ich am Schlusse der Abhandlung geben, da ich dann infolge der gewonnenen Resultate besser im Stande bin, die Unterschiede zwischen ius commune und ius militare bei der institutio ex re certa hervor zu heben.

Der Anfangssatz:

> Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium

enthält den Thatbestand des Falles: Einsetzung zweier Erben auf bestimmte Nachlasssachen. Seine Besprechung bildet den ersten Abschnitt.

Der zweite Abschnitt:

> iure semisses ambos habere constitit

stellt den ersten Grundsatz auf: Die Eingesetzten gelten als Erben zu gleichen Teilen.

Der dritte Abschnitt:

> sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi

enthält den zweiten Grundsatz: Die Eingesetzten bekommen auch die ihnen bestimmten res certae

Der vierte Abschnitt:

> factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi salva Falcidia scilicet, ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur

handelt von den aus den beiden Grundsätzen sich ergebenden Einzelfragen: iudicium familiae erciscundae, Präfideikommisse, lex Falcidia und vor Allem compensatio legatorum mutuorum.

Als fünfter und letzter Abschnitt reiht sich an: Eigenthümlichkeiten des Soldatentestamentes bei der institutio ex re certa.

I.

§ 3.

Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium.

Ein Erblasser, der nicht Soldat war, hat einen Freigelassenen zum Erben auf seine bona materna, das ihm von der Mutter überkommene Vermögen, eingesetzt; den Titius zum Erben auf seine bona paterna, das Vermögen, welches ihm vom Vater hinterlassen wurde. Es ist anzunehmen, dass der Testator ausser seinem mütterlichen und väterlichen Vermögen auch noch eigenes, selbstständiges Vermögen besessen hat. (Neuner S. 152 Anm. 11 und S. 502 Anm. 32; Schwing S. 58.)

Es sind desshalb innerhalb des Gesamtvermögens des Erblassers, der hereditas, drei verschiedene Bestandtheile zu unterscheiden: die bona materna, die für den Freigelassenen, die bona paterna, die für den Titius bestimmt sind, und das ausser diesen beiden noch vorhandene Vermögen, über das der Erblasser eine besondere Verfügung nicht getroffen hat.

Wie ersichtlich, sind die bona materna und paterna, mögen sie auch noch so gross sein, im Vergleiche zu der Gesamterbmasse doch immer nur bestimmt bezeichnete, einzelne Stücke, res certae.

Der Begriff der res certa ist im Gegensatz zu hereditas ein sehr weiter; er umfasst jeden materiell bestimmten Vermögensbestandtheil im Gegensatz zu dem ideellen Begriff der hereditas. Rechtsgesamtheiten so gut wie körperliche Sachen, peculium, res Italicae und res provinciales, Teile derselben und Teile verschiedener Sachen sind in diesem Sinne res certae. (Neuner S. 13, 220; Schwing S. 5.)

Eine Erbes-Einsetzung auf res certae aber widerstreitet den Prinzipien des römischen Erbrechts, ist eine institutio

vitiosa.[5]) Denn dieses setzt das Wesen der Beerbung in Repräsentation der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen,[6]) Erbe sein heisst Universalsukzessor des Erblassers, also Herr seines Gesamtvermögens werden. Der Nachlass gilt als eine Vermögenseinheit und geht mit allen seinen Bestandteilen, Sachen, Rechten, Forderungen und Schulden auf den Erben über.[7])

Die Wahrheit dieses Grundsatzes geht aus den Quellenstellen aufs unzweideutigste hervor:

l. 37 Dig. de acq. vel om. her. 29, 2 — heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeunt;

l. 24 D de verb. sign 50, 16 — nihil aliud est hereditas, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit;

l. 208 D eod. — bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac ius successionis, et non singulas res demonstrat; l. 62 D de R. J. 50, 17.

Will ein Testator sich mehrere Erben ernennen, so kann er dies nur durch Berufung in Quoten, partes hereditariae, der Erbschaft thun. Will er Jemandem eine einzelne Sache zuwenden, so ist dies nur durch Anordnung eines Vermächt-

---

[5]) Donellus comment. iuris civilis lib. VI cap. § 18 §§ 18—22 bespricht desshalb die institutio ex re certa in Verbindung mit denjenigen Erbeinsetzungsweisen, die als vitiös erscheinen, speziell zu der Klasse gehörig, wo nur das vitium detrahiert, die Erbeseinsetzung selbst aber aufrecht erhalten wird, so dies, conditio impossibilis.

[6]) So auch Dernburg, Pandekten Bd. III S. 95: Der Erbe setzt die Persönlichkeit des Erblassers fort, er repräsentirt den Erblasser.

[7]) Die römische Universalsukzession zeichnete sich dadurch noch besonders aus, dass bei ihr der Satz galt: „Nemo paganus pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.“ Berief der Testator seine Erben auf Quoten der Erbschaft, ohne durch die Einsetzungen seine Erbschaft zu erschöpfen, so akreszierte den Instituirten auch der unverteilte Nachlass. Die meisten neueren Rechte haben Universalsukzession ohne diesen Satz, so auch der Entwurf § 1790.

nisses möglich. Ein Drittes giebts nicht. Erbeseinsetzung nicht in das Gesamtvermögen oder einen Bruchtheil desselben, sondern in einzelne Vermögensobjekte ist ein Widerspruch in sich selbst.[8])

§ 4.

Entgegen dieser Ansicht, die die allgemein vertretene ist, hält Kuntze die heredis institutio ex re certa für den normalen Erbrechtstypus der älteren Zeit des römischen Rechtslebens. Erst mit zunehmender Gütermobilisirung und herrschender Geldwirthschaft sei sie durch das System der abstrakten Erbeinsetzung, der heredis institutio ex partibus, verdrängt worden. Infolge dessen sei auch im späteren Erbsysteme die heredis institutio ex re certa obwohl nur faktische Ausnahme niemals eine vitiose, sondern immer eine prinzipiell zulässige, nach dem neuen Erbsysteme umgemodelte Erscheinung gewesen.

Zur Begründung seiner Theorie stellt Kuntze die Behauptung auf, dass die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke auf einem allgemeinen Bedürfniss des Lebens beruhe, dass dieses Bedürfniss gerade in den ältesten Zeiten Roms, wo die bäuerliche Naturalwirthschaft allein herrschte, und infolge der naiven Welt- und Rechtsanschauung das Individuum in engsten Zusammenhang mit den Spezies seiner Besitzer gebracht wurde, ein besonders starkes und unumgängliches gewesen sei (System der konkreten Erbeinsetzung).

---

[8]) In das germanische Recht wurde die testamentarische Universalsukzession erst mit der Rezeption des römischen Rechts übernommen. Nach deutscher Auffassung ist die gesetzliche Erbfolge die Regel und das Ursprüngliche (Gott macht den Erben). Erst in verhältnissmässig später Zeit kamen Testamente auf und bezweckten vorerst naturgemäss, lediglich die gesetzliche Erbfolge zu ergänzen. Sie enthielten desshalb anfänglich nur Dispositionen über einzelne Vermögensobjekte. In diese wurde unbeschadet der Intestaterbfolge besonders sukzediert. Die Verfügungen des Erblassers wurden soweit durchgeführt, als seine Dispositionen reichten, und es kam zur Intestaterbfolge, soweit keine Dispositionen von ihm vorlagen.

Stobbe, Deutsch. Privatrecht Bd. V S. 1 ff.

Damals habe der Testator noch nicht die Fähigkeit gehabt, von den konkreten Stücken seines Vermögensbestandes zu abstrahiren und seine ganze Vermögensmasse zum Gegenstand der Beerbung zu machen. Der rerum heres sei desshalb die gewöhnliche Erscheinung gewesen. Ein Hauptargument für die Richtigkeit seiner Lehre findet er darin, dass in der älteren römischen Zeit eine scharfe und klare Unterscheidung zwischen Universal- und Singularsukzession nicht existirt, dass in der Zeit bis zu den XII Tafeln Rom nicht den ausgebildeten und reinen Begriff erbrechtlicher Universalsukzession besessen habe.

Wie ersichtlich, beruft sich Kuntze zum Beweise grossenteils auf Annahmen und Analogieen, auf Dinge, die wahrscheinlich der Fall waren und vermutlich so sein mussten, und die unseren germanischen Ohren auch plausibel erklingen, mit den römischen Rechtsanschauungen hinsichtlich der Beerbung aber nicht im Einklang stehen. Es poniren denn auch die Quellenstellen (die ich oben S. 7 genannt habe) mit ganz bestimmten Worten das Gegenteil der Kuntzeschen Ansicht als Regel. Wenn die institutio ex re certa früher die normale Erbeinsetzung gewesen wäre, hätten diese Stellen doch unmöglich das Entgegengesetzte als Grundsatz aussprechen können, ohne ihr auch nur mit einem Worte zu gedenken.

Was nun die Behauptung Kuntzes anbelangt, die Zeit vor und während der zwölf Tafeln habe des ausgebildeten und reinen Begriffs der erbrechtlichen Universalsukzession entrathen, so übersieht er die älteste Form der römischen Testamente, das testamentum calatis comitiis. Aus der Mitwirkung des Gemeinwesens folgt, dass es ein wichtiger Akt war, über dessen Gültigkeit man das Volksvotum einholte. Dieser kann nur in der Erwählung eines Rechtsnachfolgers, des Repräsentanten des Erblassers und des Hauses bestanden haben, nur an ihm hat das Gemeinwesen Interesse. Die Verfügung über einzelne Nachlasssachen konnte dem Volke ganz gleichgültig sein. Die Richtigkeit dieses Satzes erhellt noch aus den der Erbeinsetzung ähnlichen Institutionen, der

arrogatio und der adoptio,[9]) die in der älteren Zeit ebenfalls durch Beschluss der Komitien vollzogen wurden. Der zu Adoptierende scheidet aus seiner Agnatenfamilie aus und erleidet desshalb eine capitis deminutio, um in der neuen Agnatenfamilie aufzugehen.

Ein erschöpfenderes Bild von Universalsukzession kann doch nicht gedacht werden. Wie die adoptio so auch die Erbeinsetzung, die sogar ursprünglich wohl eine abgeschwächte Art der adoptio war. (S. darüber Schulin, das griechische Testament verglichen mit dem römischen, Seite 50 ff.)

Nach Kuntze, H. I, S. 18, hat sich das testamentum calatis comitiis gegenüber dem Begriffe der Universalsukzession gleichgültig verhalten. Aber was hat dann das Testament cal. com. bezweckt? M. E. ist es der überzeugendste Ausdruck für Universalsukzession. Zugleich aber ist es ein Beweis von der Ursprünglichkeit der Universalsukzession im römischen Rechte. Die Universalsukzession war etwas dem römischen Rechte angeborenes, sie war gewissermassen schon mit Romulus und Remus auf die Welt gekommen (siehe Kuntze H. I, S. 16).

So sehr war das römische Recht von der universellen Stellung des Erben beherrscht, dass man sich nur schwer entschliessen konnte, von dem öffentlichen Testamente, das volle Gewähr für Vermeidung von Zweideutigkeiten und Unsicherheiten bot, zum Privattestament überzugehen. Der Durchgangspunkt, das Manzipationstestament der älteren Zeit, war deshalb auch nicht jeder Oeffentlichkeit bar, sondern die Hinzuziehung des libripens und vornehmlich der fünf Zeugen, die ja auch vielfach als Vertreter der fünf Klassen aufgefasst werden, bot gewissermassen Ersatz für die Oeffentlichkeit. Es ist zwar allerdings richtig, dass beim alten Manzipationstestament der Erbe kein Universalsukzessor war. Daraus jedoch Folgerungen zu ziehen wie es Kuntze H. I, S. 19 thut, wäre verfehlt. Denn der familiae emtor war eben Universalsukzessor und daher formeller Erbe, heredis loco, und vor

[9]) So auch Sohm, Instit. S. 361 not. 3.

allen Dingen war es nicht eine einzelne Sache, sondern seine ganze familia, über die der Testator im Manzipationsakte verfügte.

Schwerlich wird es Kuntze glücken, Anhänger für seine Lehre zu gewinnen. M. E. ist es ihm in seinen Ausführungen nicht gelungen, den Grundsatz von der Ursprünglichkeit der Universalsukzession und der Fehlerhaftigkeit der institutio ex re certa zu widerlegen.

Nach allem Obigen sollte man meinen, die Erbeinsetzung auf die bona materna und paterna müsste wie die institutio ex re certa überhaupt als eine ungültige Verfügung verworfen werden. Indessen fährt Papinian in unserer Stelle fort:

II.

§ 5.

iure semisses ambos habere constitit.

Der Grund, wesshalb Papinian das Perfekt „constitit" gebraucht, ist der, dass die Lehre, nach welcher er die Entscheidung fällte, zu seiner Zeit schon feststehenden Rechtes war.

In den Worten ist zweierlei ausgedrückt:

1) Die Eingesetzten gelten (trotz des vitium der Einsetzung) von Rechtswegen dennoch als Erben.

2) Und zwar gelten sie als Erben zu gleichen Teilen, als heredes sine partibus oder aequis ex partibus scripti.

Der Freigelassene und Titius sind jeder zur Hälfte des ganzen Vermögens gerufen, die bona materna und paterna werden als nicht hinzugefügt gedacht, oder wie man unten auf Grund des l. 1 § 4 D de her. inst. 28, 5 [10]) zu sagen pflegt, rerum mentio detrahitur sowohl für die Berufung zur Erbschaft als auch für die Bestimmung der Grösse der Erbteile.

[10]) Ein Responsum des 1. Falles: Ulpianus libro I ad Sabinum. Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta rei mentione.

Dass die Erben nicht in die bestimmten Sachen gerufen werden, sondern dass die Erwähnung der Sachen für die Berufung zur Erbschaft detrahiert wird, darüber ein Wort zu verlieren wäre überflüssig. Hatte man sich einmal entschlossen, die heredis institutio ex re certa als Erbeseinsetzung aufrecht zu erhalten, so konnte dies nur dadurch geschehen, dass man die Instituirten auf das universum ius berief und den mit der Erbenqualität unverträglichen Zusatz strich.

Unsere Stelle fordert aber auch Detraction der rei mentio hinsichtlich der Behandlung der Grösse der Erbquoten und beruft die Erben zu gleichen Teilen. Hier liesse sich die Frage aufwerfen, ob nicht der abzuschätzende Wert der res certae als Grundlage für die Berechnung der Erbteile dienen soll, und die Instituirten demgemäss als heredes zu den entsprechenden Quoten anzusehen wären.

Doch darüber lassen wir die weiteren Stellen, die über unseren Fall handeln, entscheiden.

Zum selben Resultat wie unsere Stelle kommt l. 35 D de her. inst. 28, 5, die auch im weiteren Verlaufe von besonderer Wichtigkeit für uns ist und von Cuiaz [11]) sogar als ein Kommentar unseres Responsums bezeichnet wird:

„Ulpianus libro quarto disputationum. Ex facto proponebatur: quidam duos heredes scripsisset, unum rerum provincialium, alterum rerum Italicarum, et, cum merces in Italiam devehere soleret, pecuniam misisset in provinciam ad merces comparandas, quae comparatae sunt vel vivo eo vel post mortem, nondum tamen in Italiam devectae, quaerebatur, merces utrum ad eum pertineant qui rerum Italicarum heres scriptus erat, an vero ad eum, qui provincialium. Dicebam receptum esse rerum heredem instituí posse nec esse inutilem institutionem, sed ita ut officio indicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur nihil amplius eum, qui ex re constitutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, con-

[11]) comment. in lib. VI Respons. Pap.: Ulpianus qui cetera omnia eius responsi diligentius interpretatus est in l. 35 sup. hoc tit, weiter l. 35, id est commentatio huius responsi (l. 79).

sequi. Ita igitar res accipietur. Verbi gratia pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem: erunt quidem heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti, verumtamen officio indicis tenebuntur, ut uni cuique eorum fundus, qui relictus est, adiudicetur vel adtribuatur § 1. Unde scio quaesitum, aeris alieni onus pro qua parte agnosci debeat et refert Papinianus, cuius sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse: fundos etenim vice praeceptionis accipiendos Quare si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus institutiones istas ex re factas nullius esse momenti: et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum facta, sic officio indicis recidi praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset vel aliud vel etiam praeceptiones, quod si fuerit incertum, an Falcidia interventura sit, rectissime probatur officio indicis cautiones esse interponendas.

§ 2. Cum haec ita sint, haec etiam institutio de qua quaeritur, non est repellenda, si alius rerum provincialium, alius rerum Italicarum heres fuerit scriptus, officioque indicis adtribuentur singulis res, quae adscriptae sunt, erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est. Quae res facit ut, si forte in aliis facultatibus plus sit (in Italicis forte quam in provincialibus), si aliis minus et aeris alieni ratio urguet, debeat dici imminutionem eandem fieri quam supra ostendimus: proinde et si aliis fuerint legata relicta, contributio admittenda erit".

Auch hier hat ein Testator zwei Erben auf res certae eingesetzt, nämlich den einen auf sein Vermögen in der Provinz, den anderen auf sein Vermögen in Italien.[12]) Dazu be-

[12]) Im Beispielsfalle ist der Eine auf den fundus Cornelianus, der Andere auf den fundus Livianus eingesetzt.

merkt Ulpian: receptum esse rerum heredem institui posse nec esse inutilem institutionem; ferner in § 2: haec etiam institutio, de qua quaeritur, non est repellenda.

Kuntze H. 1, Seite 26 glaubt in den Worten: „dicebam receptum esse rerum heredem institui posse“ und insbesondere in „nec esse inutilem institutionem“ eine unverkennbare Betonung der prinzipiellen Zulässigkeit der institutio ex re certa finden zu können. Die Worte „institutio non est repellenda“ übergeht er mit Schweigen. Ich glaube im Gegenteil, dass dieselben Zeugnis ablegen für die Richtigkeit der Ansicht von der Vitiosität der institutio ex re certa. Denn wenn dieselbe früher die Regel gebildet hätte und ihr erst im später entwickelten Erbsystem eine andere Stellung geworden wäre, hätte Ulpian nicht so entschieden darauf hinweisen können, dass sie nicht unwirksam, nicht zu verwerfen, sondern dass ihre Zulässigkeit rezipirt worden sei.

Bezüglich der Grösse der Erbteile sagt Ulpian in Ansehung der auf die res provinciales und Italicae Instituirten in § 2: „erunt tamen heredes ex aequis partibus.“ Ebenso entscheidet er im pr. bezüglich des Falles, da der Eine auf den fundus Cornelianus, der Andere auf den fundus Livianus eingesetzt ist: „erunt quidem heredes ex aequis partibus.“

Dasselbe Resultat wie unsere Stelle weist ferner noch auf l. 17 pr. D de test. mil. 29. 1.

Obwohl testamentum militare kommt dabei doch ius commune zur Anwendung, weil die res certae Einzelsachen sind und durch die Institutionen das Vermögen des Testators erschöpft ist.[13])

„Gaius libro quinto decimo ad edictum provinciale. Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.“

[13]) Das Nähere siehe im letzten Abschnitte.

Ein Soldat hat drei Erben auf res certae eingesetzt, den Einen auf seine städtischen Grundstücke, den Anderen auf seine ländlichen, den dritten auf sein übriges Vermögen. Es wird der Satz aufgestellt, dass sie als Erben gelten und zwar als heredes sine partibus.

Das gleiche folgt weiter aus l. 11 D de her. inst.

„Javolenus libro septimo Epistolarum. Attius fundi Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes sunto; habebunt duo Titii semissem, Attius semissem, idque Proculo placet, quid tibi videtur? Respondit, vera est Proculi opinio."

Auch hier gelten die Eingesetzten de tracta re als Erben zu gleichen Teilen; die beiden Titii aber, weil auf eine res certa konjungirt, werden nun auch hinsichtlich der Erbschaft selbst als coniuncti behandelt; es werden desshalb Attius auf die eine Hälfte, die beiden Titii zusammen auf die andere Hälfte der Erbschaft berufen, die beiden Titii gelten als eine Person.

Eine grundsätzlich andere Stellung nehmen die Fragmente 10 D de her. inst. und 9 § 13 D de her. inst. ein. Die Erben sind hier nämlich nicht auf ganze Sachen sondern nur auf Teile von bestimmten Sachen instituirt, im 1. Fragment auf Teile verschiedener, im 2. auf Teile derselben Sache. Unzweifelhaft gelten die Eingesetzten auch hier detracta re als Erben auf das universum ius defuncti, dagegen besteht die Vermutung [14]), dass der Testator mit der Erwähnung der Sachteile einen Massstab für die Grösse der Erbteile liefern wollte. Soll nun auch eine dementsprechende Verteilung der Erbschaft stattfinden? l. 10 D de her. inst.:

„Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent, nec enim facile ex diversitate pretium portiones inveniuntur; ergo expeditius est quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum nec partes nominasset."

---

[14]) Darauf komme ich im folgenden Abschnitt noch ausführlich zu sprechen.

Die Handschrift der Florentina ist offenbar eine verderbte [15]). Ueber den Sinn der Stelle können jedoch keine Zweifel obwalten. Es wird nämlich gesagt:

Sind Miterben auf Quoten verschiedener Sachen eingesetzt, so gelten sie auch hier unbedingt als Erben. Bezüglich der Frage, ob nicht die Sachteile als Massstab für die Erbteile dienen sollen, giebt Paulus eine verneinende Antwort, aber lediglich aus Zweckmässigkeitsgründen — „nec enim facile ex diversitate pretiorum partium portiones inveniuntur“ und „expeditius“ —, weil die Berechnung eine sehr schwierige ist.

Ebenso bestimmt l. 9 § 13 D de her. inst.

„Ulpianus libro quinto ad Sabinum. Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententia sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur.“

Auch im Falle der Einsetzung auf Sachteile derselben Sache gelten die Instituirten als Erben auf das universum ius defuncti. Auch hier bringen es Gründe der Zweckmässigkeit — expeditissima Sabini sententia —, um einer komplizirten Abschätzung und Berechnung zu entgegen, mit sich, dass die Eingesetzten die Erbschaft nicht nach den Sachquoten entsprechenden Erbquoten, wie es der vermutliche Wille des Testators ist, sondern zu gleichen Teilen erhalten. Diese Zweckmässigkeitsbehandlung ist jedoch nicht mehr gerechtfertigt und fällt deshalb fort, sobald ihr der Wille des

[15]) Eine Berichtigung ist desshalb notwendig. Pretium ist offenbar zusammengezogen aus pretiorum (Cuiacii commentarius ad tit. de her inst. S. 1094). Dazu ist partium zu ergänzen, wie der ganze Zusammenhang der Stelle nicht anders erwarten lässt. Es heisst jetzt: pretiorum partium d. h. es ist nicht leicht aus der Wortverschiedenheit der Sachteile einen Massstab für die Grösse der Erbportionen zu ermitteln. Neuner S. 136 Anm. liest mit der Taurelli partium, die Glosse, Haloander und Mühlenbruch in Glücks Kommentar Bd. 40, S. 181 No. 30 praediorum, Mommsen pretii partium.

Testators auf's deutlichste widerspricht — si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur. Diesfalls muss dann die Absicht des Erblassers positiv und klar dahin gehen, dass die Sachteile als Proportionsfaktor hinsichtlich der Grösse der Erbteile gelten sollen.

Die in dem Restriktivsatze „si modo .... refragatur" für l. 9 § 13 cit. getroffene Entscheidung ist unzweifelhaft auch auf l. 10 cit. anzuwenden. Denn beide haben dasselbe Fundament — Einsetzung auf Teile von bestimmten Sachen, bei beiden wurden als Grund für das Erbewerden zu gleichen Teilen Erwägungen der Einfachheit angegeben, und die Verschiedenheit, dass im 1. Fragment auf Teile verschiedener, im letzteren auf Teile derselben Sache instituirt ist, ist nur thatsächlicher nicht rechtlicher Natur.

Ein Rückblick auf die Entscheidungen der Quellenstellen zeigt, dass die institutio ex re certa als Erbeinsetzung aufrecht erhalten wird und zwar so, dass die res certae für die Berufung zur Erbschaft gestrichen werden. Weiter sehen wir, dass die rei mentio auch für die Bestimmung der Grösse der Erbteile detrahirt wird und die Eingesetzten als Erben zu gleichen Teilen gelten. Während das Erbewerden zu gleichen Teilen im Falle der Einsetzung auf Sachganze aber schlechthin eintritt, geschieht es im Falle der Einsetzung auf Sachteile nur aus praktischen und technischen Gründen. Denn der vermutliche Wille des Testators ist bei dieser auf Berufung nach bestimmten Quoten gerichtet, zu seiner Ausführung wird jedoch das Vorliegen einer manifestissima voluntas verlangt.

§ 6.

Wie die institutio ex re certa, so muss auch die substitutio ex re certa aufrecht erhalten werden, sowohl die vulgaris wie die pupillaris. Für letztere geht dies hervor aus l. 41 § 8 D de vulg. et pup. subs. 28, 6:

„Papinianus libro VI Responsorum. Non videri cum vitio factam substitutionem his verbis placuit: ille filius meus, si, quod abominor, intra pubertatis annos decesserit, tunc in

locum partemve eius Titius heres esto, non magis, si post demonstratam conditionem sibi heredem esse substitutum iussisset, nam et qui certae rei heres instituitur coheredc non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet.“

Unzweifelhaft ist in der vorliegenden Verfügung eine Pupillarsubstitution ex re certa zu erblicken. Denn die Worte „in locum partemve eius“ bezeichnen Dasjenige, was der Pupill vom Vater erben wird und dieses bleibt im Vergleich zu dem Gesamtpupillarvermögen eine res certa. (Neumer S. 53—55.)

Auch im ersten und dritten Falle der institutio ex re certa wird die rei mentio zur Aufrechterhaltung der Erbenqualität detrahiert. Im ersten wird der Instituirte immer heres ex asse, im dritten ist er als Miterbe auf eine Quote der Erbschaft gerufen.

§ 7.

Die Gründe, welche die Römer bewogen, die institutio ex re certa, welche doch streng genommen eine ungültige Verfügung war, als gültig und gerade als Erbeinsetzung aufrecht zu erhalten, finden ihre Erklärung in der hohen Achtung und dem grossen Respekt der Römer vor der Bedeutung und Kraft des individuellen Willens.

Nirgends war die Freiheit des Bürgers mehr ausgeprägt, als in der römischen Republik, nirgends wurde infolgedessen der persönliche Wille höher geschätzt. Galt dies schon unter Lebenden, um so mehr beim Testamente. Dasselbe enthält die Quintessenz der Willensäusserung, es war die letzte Verfügung, in welcher der Testator seine Verhältnisse endgültig geordnet hatte.[16])

Eine letztwillige Verfügung zur Ausführung zu bringen, galt desshalb als ein Akt der Pietät, und sehr ungern entschloss man sich, sie für ungültig zu erklären. Wo es nur anging und ihre Aufrechterhaltung nicht contra pietatem

[16]) Von der Kraft des erblasserischen Willens legt bereits der alte Zwölftafelsatz „uti legassit, ita ius esto“ Zeugnis ab.

verstiess und unbillig erschien,[17]) suchte man sie zu konserviren.[18])

War also die Rücksichtnahme auf die voluntas testatoris der ausschlaggebende Faktor für die Aufrechterhaltung der institutio ex re certa und für ihre Behandlung als Erbeinsetzung, so ist noch zu untersuchen, wodurch rechtfertigt sich unsere Annahme, dass der Wille des Erblassers gerade auf Berufung zur Erbschaft und nicht auf Vermächtniszuwendung gerichtet war.

Die Beantwortung dieser Frage ergiebt sich aus den Regeln über die Willensauslegung. Dieselbe ist bei letztwilligen Verfügungen eine besonders schwierige, da hier der authentischste Interpret fehlt.

Der Wille des Erblassers ist entweder ein offenbarer oder ein blos vermutlicher. Ersteres ist der Fall, wenn kein Zweifel über seine Auslegung möglich ist; in der Regel trifft dies zu, wenn er sich in den Worten des Gesetzes bewegt und innerhalb der Rechtsschranken hält. Letzterer liegt vor, wenn der Wille entweder unklar und unbestimmt ausgedrückt ist oder wenn seine Anordnung den Rechtsregeln widerspricht und nach Rechtsnormen nicht vollziehbar ist, sobald dabei zu erwarten steht, dass der Testator, wenn er die rechtlichen Hindernisse gekannt, seinen Willen anders verlautbart hätte. Im Effekte unterscheidet sich der offenbare von dem vermutlichen Willen dadurch, dass ersterer unter allen Umständen ausgeführt werden muss, letzterer oft nur, wenn er ohne besondere Schwierigkeiten realisierbar ist.

Das Bestreben des Interpreten muss in erster Linie darauf gerichtet sein, den vermutlichen Willen so aufrecht zu erhalten, wie er allem Anscheine nach den Absichten des Testators am meisten entspricht. Für jede Auslegung muss er gewichtige Gründe haben, denn nur unter dieser Voraus-

[17]) Daraus esklärt sich, wesshalb die benigna interpretatio für die exheredatio nicht galt, das „odium exheredationis."

[18]) Alle Gründe für die Aufrechterhaltung von letztwilligen Verfügungen hat man unter dem Namen „favor testamentorum" zusammengefasst.

setzung ist sie keine willkürliche, sondern gewinnt gesetzliche Sanktion.

So rechtfertigt sich die Annahme, dass der Testator bei der Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke Berufung zur Erbschaft gemeint habe dadurch, dass der Ausdruck heres als Bezeichnung für den Gesamtnachfolger bei den Römern ein ganz vulgärer, in den breitesten Massen des Volkes gekannter Begriff war. (Neuner S. 28 ff.)

Hatte der Testator einen Erben auf eine res certa eingesetzt, so war vor Allem klar, einen heres hatte er gemeint, er wollte einen Gesamtnachfolger haben. Entsprach man diesem Willen, so konnte man ihn nicht als heres auf die Sache erhalten, sondern musste ihn zu dem universum ius defuncti berufen Was der Erblasser mit der Erwähnung der res certa bezweckte, ob bloss Hervorhebung der wesentlichen Bestandteile des Nachlasses, ob Beschränkung des Eingesetzten nur auf diese Sache, ob einen Massstab für die Grösse der Erbteile, das kommt erst in zweiter Linie in Betracht. Denn der auf Erbeinsetzung gerichtete Wille war die Hauptsache — war doch der Erbe die Person, die das Leben des Verstorbenen wenigstens in vermögensrechtlicher Beziehung fortsetzen sollte — die Erwähnung der res certa war nur der schwächere Zusatz. Ersteres war der Prinzipal-, dieses der untergeordnete Wille und musste als unvereinbar mit der Durchführung jenes und der Aufrechterhaltung der Erbenqualität vorerst gestrichen werden.[19])

Fassen wir das Gesagte zusammeu, so steht m. E. fest, dass die Achtung vor der voluntas testatoris der Grund für die Nichtverwerfung der institutio ex re certa und dass die Rücksicht auf den aus dem Worte heres ersichtlichen Willen des Erblassers der Grund für die Behandlung der institutio ex re certa als Erbeinsetzung war.[20])

[19]) Dessen weitere Gestaltung werde ich im nächsten Abschnitt erörtern.

[20]) Andere Erklärungsversuche hat Neuner S. 26 ff. 319 u. 320 widerlegt insbesondere die des Donellus a. a. O. Nach diesem geht nämlich bei Anordnung einer institutio ex re certa der Wille des

In vielen Beziehungen abweichend ist die auch schon von Schwing S. 3, 4 u. 9 ff. bekämpfte Ansicht Padelettis, S. 7 ff., 22, 76.

Wenn Padeletti den Grund der Nichtverwerfung der heredis institutio ex re certa und ihrer Aufrechterhaltung als Erbeinsetzung in dem Vorzug der testamentarischen vor der Intestaterbschaft findet — Padeletti nennt es testamentarische Autonomie — so habe ich Nichts dagegen einzuwenden. Auch pflichte ich ihm durchaus bei, wenn er das Uebergewicht der testamentarischen Autonomie damit erklärt, dass im Testamente der Wille des pater familias niedergelegt sei, und dieser sei etwas Heiliges, ein partikulares Gesetz für die Mitglieder der Familie.[21])

Den Vorzug der höheren Achtung und Würdigung (wenn auch natürlich nicht in der Form, dass dadurch die Intestaterbschaft ausgeschlossen wäre) hat aber nicht nur das Testament, sondern jegliche letzte Willensäusserung, so vor Allem Intestatkodizille.[22]) [23]) [24])

Testators dahin, der Instituirte solle nichts als die res certa erhalten, ob er dabei Erbe werde oder nicht, sei im Sinne des Erblassers etwas Untergeordnetes. Da man ihn nun nicht als Legatar behandeln könne, weil kein heres directus und weil überhaupt die Bedingungen der Anordnung eines Legats nicht vorhanden seien, erhalte man ihm die Sache dadurch, dass man ihm notgedrungen das Ganze gebe und ihn zum Erben mache.

[21]) Der Grund für diese Kraft des letzten Willens besteht in der Bedeutung der darin geäusserten Verfügungen, und allem dem, was ich vorhin über die Kraft des letzten Willens gesagt habe, nicht aber, wie Padeletti meint, in seiner blossen Existenz, in der einfachen Thatsache seines Bestehens. (Padeletti S. 17.) Die diesbezügliche Auffassung Padelettis hat Schwing S. 3 und 4 sehr gut widerlegt.

[22]) Dies gilt wenigstens seit der Zeit als Intestatkodizille aufgekommen waren.

[23]) M. E. ist hierdurch zugleich die Ansicht des Donellus (in Anm. 20) widerlegt. Denn wenn der Wille des Testators bloss darauf gerichtet wäre, dass die Instituirten die res certae erhalten, so kann man diesem Wunsche durch die Annahme von Intestatfideikommissen ja entsprechen.

[24]) Schwing S. 15 glaubt den Vollzug der testamentarischen vor der Intestaterbfolge überhaupt verneinen zu müssen, seitdem auch

Ich vermisse den Nachweis Padelettis, wieso er dazu gekommen ist, die heredis institutio ex re certa als einen Fall der testamentarischen Erbeinsetzung zu betrachten, womit er seine Annahme begründet, dass der Testator mit seiner Verfügung eine Erbeinsetzung und nicht eine Vermächtniszuwendung im Auge gehabt habe. Denn gerade die Frage, warum haben die Römer die heredis institutio ex re certa als Erbeinsetzung aufrecht erhalten, ist diejenige, deren Beantwortung Anlass zu Schwierigkeiten bietet.

Padeletti gibt darauf keine Auskunft. Er nimmt von vornherein schlankweg testamentarische Erbeinsetzung an und erklärt hieraus alles Uebrige. Wenn er sich ein paarmal scheinbar doch die Mühe giebt zu erklären, wesshalb der heres ex re certa institutus als Erbe gilt, ist es ein Zirkelschluss, in dem er sich bewegt. Auf S. 18 sagt er ungefähr: Zwischen der testamentarischen und der Intestaterbfolge besteht naturaliter pugna, die Intestaterben konnten bei der institutio ex re certa keinen Anspruch erheben, solange ein Testament vorhanden war. Um die Verfügung nicht als ungültig zu erklären, war es notwendig, den Erben zur ganzen Erbschaft zu berufen. Ebenso auf S. 23 bezüglich des zweiten Falles: Alle waren ungehörig instituirt. Infolge des Vorzugs der testamentarischen Erbschaft musste die Verfügung aber, damit keine Intestaterbfolge eintrete, aufrecht erhalten werden; damit sie aufrecht erhalten werden und die Instituirten die einzelnen Sachen bekommen konnten, war es notwendig, dass sie Erben wurden.

Eine solche Begründung kann eine glückliche nicht genannt werden: infolge des Uebergewichts der testamentarischen vor der Intestaterbfolge musste die institutio ex re certa

innerhalb der letzteren Willenserklärungen möglich geworden. — Richtig ist ja, dass letzte Willensäusserungen, mögen sie nun in der Form der Testamente oder Intestatskodizille hinterlassen sein, gleich hoch geschätzt werden, aber darum handelt es sich nicht. Es dreht sich vielmehr um den Gegensatz von Testaments- und Intestaterben, und dass der selbstgewählte Erbe dem gesetzlichen vorgeht, wird auch wohl Schwing nicht bestreiten wollen.

aufrecht erhalten; weil sie aufrecht erhalten werden musste, musste der heres ex re certa institutus als Erbe behandelt werden. Derartig zu argumentiren, bedeutet eine petitio principii, wie sie sich reiner nicht vorstellen lässt.

Padeletti hätte zuerst die Begründung geben müssen, dass überhaupt eine testamentarische Erbfolge vorliegt und warum sie vorliegt.[25])

---

[25]) Noch ein anderer Irrtum Padelettis verdient besprochen zu werden. Auf S. 12 und 13 unterscheidet er zwischen dem allgemeinen und subjektiven (ausdrücklichen) Willen des Erblassers. Unter dem letzteren versteht er den auf genaue Durchführung der einzelnen Dispositionen gerichteten Willen, unter dem ersteren die aus dem favor testamentorum zu folgernde Absicht des Testators, durch die institutio ex re certa vor Allem die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen und testamentarische verfügt zu haben.

In der institutio ex re certa werde auf den ausdrücklichen Willen des Testators nur dann Rücksicht genommen, wenn er mit der Aufrechterhaltung des Testaments vereinbar sei.

Vorerst ist es von Padeletti nicht richtig, seinen allgemeinen Willen aus dem favor testamentorum allein ableiten zu wollen. Der favor testamentorum war im Gegenteil die milde Beurteilung, die man der ganzen Willensäusserung zu Teil werden liess. Weiter stellt Padeletti die Aufrechterhaltung des Testaments und die des ausdrücklichen Willens in einen gewissen Gegensatz. Das ist uns unverständlich. Denn das Testament ist doch nach seiner eigenen Erklärung von S. 10 nichts weiter als der Wille des Erblassers, der sich in die Zukunft ausdehnt. Wie kann man also Aufrechterhaltung des Testaments von Aufrechterhaltung des ausdrücklichen Willens trennen? Das geht nicht. Mit der Aufrechterhaltung des Testaments vollführt man auch den ausdrücklichen Willen. Erfüllt man dagegen bloss den allgemeinen Willen, so hält man das Testament nur teilweise aufrecht.

M. E. ist richtiger, statt eines allgemeinen und eines subjektiven einen Haupt- und einen untergeordneten Willen anzunehmen. In ihrer beiden Aufrechterhaltung besteht die Aufrechterhaltung des Testaments und beider günstige Beurteilung entspringt aus dem favor testamentorum.

Padeletti S. 13 glaubt die zu grosse Rücksichtnahme auf den subjektiven Willen des Testators hauptsächlich dadurch entkräften zu können, dass er sagt, es werde in diesem Falle unmöglich, den Einwand zu widerlegen, dass in der Einsetzung eines Erben in eine res certa immer ein stillschweigender Wille zu Gunsten der Intestaterben enthalten ist. Dies ist keineswegs richtig. Der Testator kann sehr wohl geglaubt haben, dass die res certa sein ganzes Vermögen er-

§ 8.

Ueber die Entstehungszeit der benigna interpretatio sind nur Vermutungen aufstellbar, da wir einen direkten Ausspruch der Quellen hierüber nicht besitzen. Dass sie schon in früher Periode stattgefunden haben muss, dafür spricht der Umstand, dass es wohl eine im Leben häufig vorkommende Erscheinung war, seine Erben auf die sichtbaren, materiellen Vermögensbestandteile zu instituiren. Papinians „constitit" und Ulpians „dicebam receptum esse" deuten dies auch an. Die ältesten Spuren weisen auf Q. Mucius Scaevola in l. 19 D. de lib. et post. 28, 2.

Am Schlusse desselben wird gesagt, dass für die exheredatio rei certae im Gegensatz zur institutio rei certae die benigna interpretatio nicht gelte:[26])

„Paulus libro primo ad Vitellium: Cum quidam filiam ex asse heredem scripsisset filioque, quem in potestate habebat, decem legasset adiecto „et in cetera parte exheres mihi erit" et quaereretur, an recte exheredatus videretur: Scaevola respondit non videri et in disputando adiciebat ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adiuvandae.[27])

---

schöpfe oder sie kann auch in der That zur Zeit der Testamentserrichtung sein Vermögen erschöpft haben, und dasselbe hat sich in der Zwischenzeit nur vermehrt. Es ist klar, dass diesfalls der Testator den Instituirten auch mit dem ausser der res certa noch Vorhandenen bedenken wollte.

[26]) „Odium exheredationis." Aus dem Grunde, den ich bereits angegeben, weil eine solche Verfügung als unbillig erschien und contra officium pietatis verstiess.

Neuner nimmt als Grund an, weil hier nicht die hohe Bedeutung der Erbenqualität in Betracht komme, sondern gerade die Entziehung derselben. Doch damit ist nicht gesagt, wesshalb auf den letzten Willen in diesem Falle kein Bedacht genommen wird. Das Wort heres war wie wir gesehen, kein selbstständiger Grund für die Aufrechterhaltung, sondern nur ein Wink für die Willensauslegung. — Pad. S. 16 weiss sich nicht anders zu helfen, als dass es sich hier um eine Ausnahme handele.

[27]) Vergleiche über die Stelle auch Neuner S. 50 ff., Schwing S. 8 und 9.

Dass die benigna interpretatio in eine noch frühere Zeit zurückreicht, erhellt aus diesen Worten, wo sie nur exempli gratia herangezogen und so als etwas bestehendes vorausgesetzt wird. Schwing S. 8 und 9.

Neuner führt sie auf Aquilius Gallus,[28]) Dernburg Bd. III S. 164 Anm. 3 erst auf Sabinus zurück [29]) Beiden ist wohl l. 19 D. cit. entgangen. Padeletti hat sie merkwürdigerweise nur für die institutio heredis excepta re certa benutzt. (S. 18.)

Wie bereits gezeigt, richtete sich der Wille des Testators in erster Linie auf Kreirung eines Gesammtnachfolgers — und diese ist ausgesprochen in dem den Römern durchaus geläufigen heres esto. Zu diesem Behufe musste die rei mentio als unvereinbar mit der Aufrechterhaltung der Erbenqualität gestrichen werden.

Es fragt sich, ob nun, nachdem auf diesem Wege die Erbeinsetzung aufrecht erhalten wird, sich nicht eine Form finden lässt, auch den in der rei mentio ausgesprochenen Willen des Testators zu verwirklichen.

In dieser Beziehung fährt Papinian in unserer Stelle fort:

III.

§ 9.

Sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi salva Falcidia scilicet.

Der Acc. c. Inf. ist noch von „constitit“ abhängig und nicht von „scilicet“, wie sich auch denken liesse. Hinter sequi ist debere zu ergänzen.

Die Worte bedeuten, der Erbteilungsrichter soll dem Freigelassenen und dem Titius, wenn sie schon iure als here-

[28]) Auf Grund der l. 75 D. de her. inst., wo von der institutio excepta re certa die Rede ist, die Neuner für eine Unterart der institutio ex re certa hält.

[29]) Auf Grund der l. 9 § 13 D. de her. inst.

des acquis ex partibus gelten, doch das ihnen vom Erblasser Zugedachte, dem Freigelassenen die bona materna, dem Titius die bona paterna zusprechen, und seinem Zuteilen soll nur die Falcidia eine Grenze setzen.

Es ist zu untersuchen, als was sich juristisch diese Zuweisungen gestalten.

Die Funktionen des Erbteilungsrichters waren bekanntlich die, alle Ansprüche der Miterben gegeneinander aus den Erbanträgen festzustellen und zu verwirklichen. Dazu gehörten namentlich die den Erben e media hereditate zustehenden Legate, die Prälegate. Die Thätigkeit des iudex war daher eine doppelte, einmal eine bloss erbteilungsmässige — hier sorgte er nur, dass jeder Erbe seinen ihm zugedachten Erbteil bekam und zwar voll und ohne Abzug, er bewegte sich infolgedessen lediglich innerhalb der einzelnen partes heredifariae mit der Befugnis in ihrem Rahmen reelle Werte zu teilen und umzutauschen, eine Verkürzung der Erbteile war ihm nicht gestattet — anderenteils diente sie der Verwirklichung der Prälegate. In diesem Falle musste der iudex die Grenzen der einzelnen Erbportionen überschreiten und nur die Falcidia hatte er zu berücksichtigen. Das Vorkommen der Falcidia in Verbindung mit dem iudicium familiae herciscundae war desshalb, sofern wenigstens keine Legate an Dritte angeordnet waren, immer ein untrügliches Kennzeichen für das Vorhandensein von Prälegaten.[30])

Die bona materna und paterna qualifizieren sich demnach als Prälegate, das ganze Verhältnis ist so zu behandeln, als habe der Testator den Freigelassenen und den Titius gehörig eingesetzt und zwar als heredes sine partibus scripti, zugleich aber einem jeden derselben die res certa, auf welche

---

[30]) Denn die Falcidia kann im Erbteilungsverfahren nur dann in Betracht kommen, wenn Vorvermächtnisse angeordnet und dadurch der eine Erbe zu Gunsten des anderen überschwert ist, nicht aber, wenn die Aufgabe des Erbteilungsrichters bloss darin besteht, jedem der $\frac{1}{4}$ Miterben seine ihm zukommende Erbquote in reellen Werten zuzuweisen.

er ihn instituiert hat, als ein Vorvermächtnis hinterlassen.[31]) Siehe auch Buchholz, Lehre von den Prälegaten S. 12—15, Rosshirt Bd. 1 S. 286.

Nach Dernburg Bd. 3 S. 166[32]) bekommen die Eingesetzten die res certae, falls dieselben kleiner sind oder geradesogross als die partes hereditariae, auf rein erbteilungsmässigem Wege,[33]) falls sie die partes hereditariae übersteigen, als Prälegate. Für eine solche Scheidung der Thätigkeit des Erbteilungsrichters ist kein Grund vorhanden. Sie kann nur dazu führen, die ganze Handhabung zu einer höchst unsicheren zu machen.

Noch deutlicher als aus unserer Stelle erhellt die Behandlung der res certae als Vorvermächtnisse aus l. 35 D. de her. inst. Hier heisst es nämlich im § 1: fundos etenim vice praeceptionis accipiendos, d. h. die Grundstücke, obwohl nicht expressis verbis zum Gegenstand von Vorvermächtnissen bestimmt, sind doch juristisch als solche zu behandeln. Weiter im selben §: et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum facta sic officio iudicis recidi praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset vel aliud vel etiam praeceptiones, d. h. kommt es durch den Eintritt der Falcidia zu einer Schmälerung der Legate, so werden auch die den Erben bestimmten res certae gekürzt und zwar geradeso, wie wenn ihnen dieselben vom Testator wirklich als Vorvermächtnisse hinterlassen worden wären, sei es dass sie als

---

[31]) Es tritt ein ähnliches Verhältnis ein, wie wenn der Testator mit gehöriger Einsetzung sämtlicher Erben eine divisio bonorum unter denselben verbunden hätte, Neuner S. 193 ff.

[32]) Wörtlich sagt er daselbst: Die Anweisung der bestimmten Sachen (beim 2. Falle der institutio ex re certa) hat die Bedeutung, dass sie bei der Teilung der Erbschaft jedem der Erben auf sein Erbschaftsportion zuzuweisen sind. Ferner aber, dass sie, soweit sie bei einzelnen Erben ihre Erbschaftsportion übersteigen, Vorvermächtnisse bilden.

[33]) Dadurch würde auch bewirkt, dass Jeder sich die res certa in seinen Erbteil einzurechnen, nicht dass er sie ausser seinem Erbteile hat.

Präfideikommisse oder in irgend einer der 4 Prälegatsformen also auch in der von wirklichen Präzeptionen angeordnet wären. Siehe Neuner S. 148.

Ebenso bestimmt wird die Einsetzung auf die res certae als Vorvermächtnis derselben behandelt in l. 17 pr. D. de test. mil.

Es heisst hier: valebit institutio perindeque habebitur atque si sine partibus heredes eos scripsisset resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset. Auch hier sollen die res certae so angesehen werden, als habe sie der Testator den Instituierten als Vorvermächtnisse hinterlassen.

Neben diesen 3 Fragmenten, in denen die Behandlung der res certae als Prälegate ausdrücklich ausgesprochen wird, stehen die drei anderen Fragmente über institutio coheredum ex rebus certis, nämlich l. 11 D. de her. inst. (Javolenus), l. 10 eod (Paulus) und l. 9 § 13 eod (Ulpianus), wo davon nicht die Rede ist. Soll hier desshalb nach dem Grundsatze: non entis nulla sunt praedicata die gedachte Behandlung auch nicht stattfinden? Die Antwort lautet verschieden für l. 11 einerseits und l. 9 § 13 und l. 10 andererseits.

Erstere hat dasselbe Fundament wie die 3 Fragmente der 1. Gruppe, nämlich Einsetzung auf ganze Sachen mit dem Unterschiede, dass die beiden Titii auf eine res certa konjungiert sind. Es ist Neuner S. 154 Recht zu geben, wenn er behauptet, in der Stelle werde gar nicht beabsichtigt, die Behandlung der traglichen Institution nach allen Seiten hin zu beleuchten, sondern es solle lediglich die Gestaltung der Erbschaftsquoten angegeben werden, da hier die Frage zweifelhaft sein konnte, ob die beiden Titii auch hinsichtlich der Berufung zur Erbschaft konjungiert sein sollen oder nicht. Analog den Entscheidungen der 1. Gruppe ist anzunehmen, dass auch hier die Instituierten die res certae, Attius die eine, die beiden Titii konjungiert die andere, als Vorvermächtnisse erhalten.

Anders dagegen verhält es sich mit l. 10 und l. 9 § 13 Schon oben S. 15 ff. wies ich darauf hin und hier finden wir.

es bestätigt, dass diese Stellen eine besondere Art desselben Falls der institutio ex re certa darstellen, dass ebenso wie der faktische Inhalt, so auch die Entscheidungsnorm zwischen diesen beiden Gruppen verschieden ist. In der ersten sind die Erben auf ganze res certae instituiert und empfangen dieselben als Prälegate, in der zweiten sind sie nur auf Teile von res certae eingesetzt und bekommen diese nicht.[34])

Die verschiedene Entscheidung erklärt sich aus der Verschiedenheit der Willensauslegung und damit im Zusammenhang aus der Verschiedenheit der leichteren oder schwereren Willensausführung bei beiden Arten. Während bei der ersten der vermutliche Wille des Erblassers der ist, dass die Eingesetzten die res certae erhalten – in Gemässheit dieser Auffassung sagt denn auch Papinian in unserer Stelle „arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi“ —, geht er bei der letzteren dahin, dass die Teile der res certae einen Massstab bilden sollen für die Quotenteilung des Vermögens. Dass in Wirklichkeit der Wille des Testators dahin präsumiert wird, lehrt Paulus in l. 10 cit. Er sagt hier: hat ein Erblasser auf Teile verschiedener Sachen instituiert, so sollen die Eingesetzten als heredes sine partibus gelten, wie wenn Teile nicht hinzugefügt wären, weil es zu schwierig ist, aus der Wertverschiedenheit der Sachteile die Grösse der Erbteile zu ermitteln — necenim facile ex diversitate pretiorum — partium portiones inveniuntur.

In diesem Satze liegt indirekt die Behauptung, dass die partes praediorum als Massstab für die Erbportionen gelten sollen. Ohne diese Auslegung geben die Worte keinen Sinn. Die Instituierten gelten als heredis sine partibus aus Gründen der leichteren und einfacheren Ausführbarkeit Aus dem natürlichen Gegensatz folgt, dass der Wille des Erblassers darauf gerichtet ist, dass sich die Erbteile nach dem

[34]) Wenigstens nicht in der Form von Prälegaten.

Werte der Sachteile bemessen sollen. Nur aus Zweckmässigkeitsgründen wird von seiner Verwirklichung abgesehen. Denselben Gedanken deuten auch die Worte „expeditius“ und „expeditissima sententia“ an.

Die beiden Gruppen von Fragmenten stellen sich demnach so zu einander:

Bei der ersten wird der vermutliche Wille, dass nämlich die Eingesetzten die res certae erhalten sollen, auch ausgeführt, denn er ist einfach und leicht realisierbar, bei der zweiten dagegen wird der präsumtive Wille, wonach die Sachteile einen Massstab für die Erbteile geben sollen, nicht verwirklicht, sondern die Eingesetzten erhalten die Erbschaft sine partibus, weil sich der Erfüllung des Willens grosse Schwierigkeiten in den Weg stellen.[35])

Wenn ich einmal entscheide, dass dem Willen stattgegeben, das andere mal, dass er vernachlässigt werden soll, so darf dies nicht verwundern, denn man muss bedenken, dass der vermutliche Wille doch immer nur ein hypothetischer ist, der grosse Schwierigkeiten der Ausführung nicht aufwiegt.

Anders wenn der Wille klar und deutlich ausgedrükt ist, wenn eine manifestissima voluntas existiert. Hier fällt der Grund der Nichtverwirklichung fort und trotz Schwierigkeiten der Ausführung soll der offenbare Wille immer erfüllt werden.

Die Unterscheidung folgt aus der Konkurrenz des offenbaren und des vermutlichen Willens und der Überlegenheit des ersteren über den letzteren.

Dass der offenbare Wille vollführt werden muss, geht hervor aus Ulpians Worten in l. 9 § 13: Celsus expeditissimam sententiam Sabini sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur.

---

[35]) Im vorigen Abschnitt haben wir gesehen, dass auch die Eingesetzten der ersten Gruppe als heredes sine partibus gelten, aber das geschah nur als Mittel zum Zweck, hier jedoch nach Versagung des Zwecks.

Sind zwei Erben auf Teile derselben Sache eingesetzt, so geht der vermutliche Wille des Testators zwar dahin, dass die Sachteile einen Massstab für die Erbteile bilden sollen, aber da dieser Wille schwer ausführbar ist, ist es praktischer, von Theilen überhaupt abzusehen und die Eingesetzten als heredes sine partibus zu betrachten; falls der Wille jedoch manifestissime einer solchen Behandlung widerstreitet, dann muss er verwirklicht werden.

Durch meine Erklärung erhalten die Worte „expeditius“ in l. 10 und „expeditissima sententia“ in l. 9 § 13 sowie „manifestissime non refragatur“ ebendaselbst erst befriedigenden Sinn. Denn wenn der Wille nicht ein mittels Willensauslegung gefundener, sondern lediglich unbestimmter wäre, so wäre Erbewerdung zu gleichen Teilen das einzig richtige, und der Jurist könnte sie nicht als die bloss bequemere bezeichnen. Weiter, wenn bei der Einsetzung auf Sachteile der vermutliche Wille allein im Stande wäre, eine entsprechende Vermögensquotenteilung herbeizuführen, so war es nicht nötig den Superlativ manifestissime zu gebrauchen.

Das Ergebnis der Untersuchung ist also folgendes: Sind Erben auf Teile von Sachen (sei es derselben oder verschiedener) instituiert, so geht der vermutliche Wille des Testators dahin, dass die Sachtheile einen Massstab für die Erbteile bilden sollen. Der vermutliche Wille allein genügt jedoch nicht, um ihn zur Ausführung zu bringen, da die Schwierigkeiten seiner Verwirklichung sehr grosse sind. Die Eingesetzten erhalten desshalb die Erbschaft zu gleichen Teilen. Die Erwähnung der Sachteile wird vollständig gestrichen.

Liegt aber eine dem präsumtiven Willen entsprechende klare und bestimmte Willensäusserung vor, dann werden die Erbquoten nach dem Verhältniss der Sachteile bemessen.

Daraus dass der vermutliche Wille auf Erbschaftsteilung nach bestimmten Quoten gerichtet ist[36]) und er nur aus

[36]) Es kann zwar bei seiner Ausführung auch vorkommen, dass die Erben die Sachteile selbst erhalten. Dies beruht dann aber nur auf einer Anordnung des Teilungsrichters und entspringt nicht aus der voluntas testatoris.

praktischen Gründen nicht verwirklicht wird, folgt, dass die Sachteile keine Prälegate bilden können. Eine solche Behandlung der Sachteile wäre dem präsumtiven Willen des Testators zuwider.

Umgekehrt ist klar, dass wenn die manifestissima voluntas nicht auf Quotenteilung des Vermögens, sondern darauf gerichtet ist, dass die Instituierten die Teile der res certae wirklich erhalten, sie dementsprechend ausgeführt wird. Dies folgt aus der Ueberlegenheit des offenbaren Willens.

§ 10.

Neuner S. 154, Schwing S. 58 und 59, Windscheid, Münch. krit. Vierteljahrsschrift Bd. XII S. 480 finden keinen Unterschied zwischen beiden Gruppen von Fragmenten, vielmehr hätten Sabinus und Celsus bei der Einsetzung auf Sachteile nur die Absicht gehabt, die Gestaltung der Erbquoten anzugeben, da die Frage zweifelhaft sein konnte, ob auch hier wie sonst gleiche Erbteile anzunehmen seien; die weiteren Rechtsverhältnisse der Erben aber, also auch die Behandlung der Sachteile als Prälegate, hätten sie unberührt gelassen und diese Behandlung sei aus der 1. Gruppe zu ergänzen.

Durch eine solche Gleichstellung ist jedoch eine Rechtfertigung der vielen Eigentümlichkeiten der 2. Gruppe nicht gegeben, die sich nur dadurch gewinnen lässt, dass man diese als eine besondere Art des zweiten Falls der institutio ex re certa betrachtet.

Auch Kuntze H. II, S. 26 hat sich zu der Auffassung Neuner bekannt.

Um seine Theorie von der Ursprünglichkeit und Legitimität der institutio ex re certa in Einklang mit dem später entwickelten Erbsystem (Gegensatz von Universal- und Singularsukzession) bringen zu können, nimmt er eine doppelte geschichtliche Bewegung der institutio ex re certa innerhalb desselben an, und zwar versucht er den Nachweis seiner Theorie lediglich an der Hand des 2. Falls der institutio ex re.

Mit der institutio coheredum beabsichtige der Testator dreierlei:

1) Dass der institutus Erbe werde.

2) Dass er zu dem Teil Erbe werde, welcher sich in dem Werte der res certa darstellt.

3) Dass ihm dieser Teil der Erbschaft in der Gestalt der res certa zukomme (H. I, S. 23).

Bis auf Sabinus habe man alle 3 Willensmomente auch verwirklicht, und zwar in dem man die res certa als Ausdruck einer Quote (latente, konkrete Quote) gefasst und darnach den Erbteil bestimmt (indirekte Anteilungsbestimmung, H. I, S. 25) und indem der arbiter bei der Erbauseinandersetzung dem rerumheres die ihm bestimmte Sache adjudiziert hätte (H. I, S. 33).

Ich gebe zu, dass ein solches Verhältniss konstruierbar ist, und die 3 Willensmomente auf diesem Wege vollführbar sind.[37]) Aber in den Quellenstellen steht davon kein Wort, und zwar augenscheinlich desshalb, weil der Wille des Testators gar nicht 3 Momente umfasst und er schwerlich Nr. 2 und Nr. 3 zusammen gewollt haben wird.

Was zunächst den Fall der Einsetzung auf Sachganze anbelangt, so ist doch kaum zu glauben, dass der Erblasser neben dem Willen, seine Instituierten möchten die res certae wirklich erhalten, auch noch beabsichtigt habe, mit ihnen einen Massstab für die Grösse der Erbteile zu bezeichnen. Die res certae in den Quellenstellen wenigstens sind von so grossem Umfange wie res provinciales et res Italicae, bona materna et paterna u. s. w., dass es sonderbar erscheint, sie als Messfaktor für die Grösse der Erbportionen gebrauchen zu sollen. Um so mehr wenn man wie Kuntze H. II, S. 24 sogar Erschöpfung des Nachlasses durch die res certae annimmt.[38])

---

[37]) Damit widerlegt Kuntze die Ansicht Neuners (S. 138), welcher ebenfalss 3 Willensmomente annimmt, aber glaubt, dass sich No. 2 und 3 in der Regel nicht nebeneinander ausführen liessen.

[38]) Sollte der Testator aber doch manifestissime Quotenteilung intendiert haben, so erschöpft sich sein Bestreben sicherlich hierin und ist nicht ausserdem auch noch darauf gerichtet, dass die Instituierten die res certae empfangen.

Wenn Kuntze glaubt durch Zwischendenzeilenlesen in den Stellen eine Bestätigung seiner Ansicht finden zu können, so ist dies durch nichts gerechtfertigt. Denn aus dem Satze der l. 35 D. de her. inst. „erunt tamen heredes ex aequis partibus“ mit dem darauffolgenden „unde scio quaesitum“ (H. II, S. 19 und 20) die Folgerung zu ziehen, es müsse ehemals anders gewesen sein, früher hätte sich die Grösse der Erbteile nach den res certae gerichtet, ist ein kühner Schluss. Dass es sich vielmehr in der That um die Frage nach der Verteilung der Schuldenlast — ob sie den Erbteilen oder den res certae folgen solle — handelt, ist aus dem folgenden „fundos etenim vice praeceptionis accipiendos“ ersichtlich, weil es zweifelhaft sein konnte, ob sich die Schulden in Gemässheit der gleichen Erbportionen oder nach dem Verhältnis des Wertes der wirklich empfangenen res certae verteilen sollen. Auch heisst es glattweg „erunt quidem heredes ex aequis partibus“ ohne den Zusatz des einschränkenden „expeditius“ wie in l. 10 cit und „expeditissima sententia“ wie in l. 9 cit, die auf eine andere als die zur Anwendung gebrachte Behandlung hinweisen.

Im Falle der Einsetzung auf Teile von res certae ist der Wille des Testators m. E. dadurch erschöpft, dass die Sachteile einen Massstab bilden für die Grösse der Erbteile. Daneben konnte es dem Testator ganz gleichgültig sein, ob seine Erben die meistenteils doch nur geringen Sachteile selbst bekämen.

Alles natürlich in Ermangelung eines abweichenden offenbaren Willens.[39])

[39]) Übrigens gesetzt auch den Fall, die Römer hätten in der institutio ex re certa einen dreifachen Willen des Testators und in der res certa eine latente Quote erblickt, so ist damit nicht bewiesen, was Kuntze beweisen zu können glaubt, dass nämlich in der institutio ex re certa kein vitium liege. Denn es ist nichts weiteres gewonnen, als dass die rei mentio für die Gestaltung der Erbteile in Betracht kommt, aber behufs Aufrechterhaltung der Erbenqualität muss sie doch auch jetzt noch detrahiert werden, da ein Erbe nur auf das universum ius defuncti und nicht auf eine res certa berufen werden kann.

Seit Sabinus, meint Kuntze, sei ein neues Dogma der Behandlung der institutio ex re certa eingetreten (H. II, S. 27). Von jetzt an habe man den auf Quotenteilung gerichteten Willen des Testators nicht mehr verwirklicht. Statt der verwickelten sei eine einfachere Methode der Erbteilsbestimmung aufgekommen, an Stelle der latenten sei eine offene abstrakte Quote getreten, man habe Virilportionen angenommen und die res certa nach Art eines Prälegats dem Interessenten zugesprochen. In Gemässheit dieser Lehre sei auch mit l. 9 und 10 cit zu verfahren.

Wie hätten aber die Juristen, wenn der Testotar so offenkundig Quotenteilung gewollt, dass die Erfüllung dieses Willens früher sogar Rechtsregel gewesen war, sich aus puren Zweckmässigkeitsgründen darüber hinwegsetzen können?

Dass sie dies nicht durften, geht aus „si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur“ zu Genüge hervor, worin gesagt wird, dass (wenigstens bei Einsetzung auf Sachteile) nicht gleiche Erbteilung, sondern Quotenteilung auszuführen sei, wenn der Wille des Testators ausdrücklich darauf hinziele.

Wir sehen, dass Kuntzes Versuch, seine Lehre von der Rechtmässigkeit der institutio ex re certa in Uebereinstimmung mit der thatsächlichen Behandlung derselben zu bringen, sich mit nichten auf die Autorität von Quellenstellen stützen kann.

§ 11.

Wie ich, so sieht auch Padeletti in der Einsetzung auf Sachteile eine von der Einsetzung auf Sachganze verschiedene und nach besonderen Regeln zu behandelnde Art der institutio coheredum ex rebus certis, wobei die Instituirten die res certae nicht als Prälegate bekämen. Padeletti S. 25 ff. S. 29 ff.

Er findet den Grund für die Verschiedenheit der Entscheidung, jedoch nicht in der Verschiedenheit des vermutlichen Willens, sondern in der der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit der Art und Weise, wie der letzte Wille ausgedrückt ist.

Zum Beweise seiner Behauptung stützt er sich auf zum Teil sehr unsichere Grundlagen, nämlich dass im Falle der Einsetzung auf Sachganze das Vermögen des Testators durch diese erschöft sei, im Falle der Einsetzung auf Sachteile dagegen nicht. Auf ihre Besprechung werde ich gleich nachher kommen.

Bezüglich seiner Theorie selbst stellt er den Satz auf, dass im ersten Falle der Wille des Testators stets bestimmt sei, dass er bei Erwähnung der res certae an nichts anderes gedacht habe, als eine materielle Teilung unternehmen zu wollen und jeden Erben auf die Sache, in welche er eingesetzt ist, zu beschränken.[40])

In der Regel wird dies ja so sein, aber nicht schlechthin.

Auch bei der Einsetzung auf ganze res certae ist der letzte Wille nur ein vermutlicher, der durch einen entgegengesetzten offenbaren auf Quotenteilung gerichteten Willen aufgehoben wird. So ist es z. B. bei der Einsetzung auf Summen leicht möglich, dass der Testator mit der Erwähnung derselben eine Bezeichnung der Erbteile gemeint hat. (Vangerow Bd. II, S. 161.)

Im Falle der Einsetzung auf Sachteile sei der Wille des Erblassers nicht klar und bestimmt ausgedrückt, die Instituierten seien desshalb in gleichen Teilen zur Erbschaft zu berufen und die rei mentio vollkommen zu streichen.[41])

Er folgert seine Ansicht hauptsächlich aus Sabinus' Worten: si modo etc., worin ausgedrükt sei, dass die Auslegung des Willens des Verstorbenen grosse praktische Schwierigkeiten biete. Durch Padelettis Erklärung ist aber der Superlativ „manifestissime" nicht begründet, es genügte das einfache „manifeste." Nicht die Willensauslegung, sondern die Ausführung des vermutlichen Willens ist mit grossen

---

[40]) Auf S. 30 sagt er, „wird vielleicht im Falle, dass der Testator über alle Erbschaftssachen verfügt hat (nach ihm gleichbedeutend mit den Fragmenten der 1. Gruppe), versucht, aus dem Werte der verschiedenen res certae die Erbportionen zu ermitteln? Nimmermehr!"

[41]) Auf S. 29 sagt er: Der Zweifel über den Willen des Testators ist mehr als gerechtfertigt, wenn der Testator unter den Erben bloss eine Sache der Erbschaft teilt.

Schwierigkeiten verknüpft. Dies geht unzweideutig hervor aus den Worten: nec enim facile ex diversitate pretiorum portiones inveniantur.

Meine Auffassung unterscheidet sich von der Padeletti'schen dadurch, dass nach diesem die Eingesetzten als Erben zu gleichen Teilen gelten und die Sachteile in der Form von Prälegaten desshalb nicht empfangen, weil der Wille des Testators unbestimmt ausgedrückt sei, während m. E. die Instituierten aus Zweckmässigkeitsgründen sine partibus die Erbschaft erhalten und ein Empfang der Sachteile ihrerseits der voluntas testatoris sogar nicht entspräche.

Ich komme jetzt zu den Voraussetzungen Padelettis.

Seine Annahme, dass im Falle der Einsetzung auf Sachteile das Vermögen des Testators durch diese nicht erschöpft sei, ist m. E. richtig. Denn in l. 10 cit. sind wenigstens noch die übrigbleibenden Teile der Grundstücke vorhanden, in l. 9 könnte der Jurist nicht expeditius sagen, wenn ausser dem fundes Cornelianus kein anderes Vermögen existierte.[42]) Padeletti S. 28.

Dagegen ist seine Behauptung, dass in sämtlichen im corpus iuris über die Einsetzung auf Sachganze respondierenden Stellen das Vermögen des Testators durch diese erschöpft sei, nicht begründet. Padeletti S. 28 und 31.

Für unser Responsum[43]) habe ich schon S. 8 den Bestand weiterer Nachlassstücke angenommen. Dasselbe vindiziere ich für l. 11 de her. inst.[44])

Die Existenz dieser Stelle hat Padeletti ganz ignoriert. Ob er auch hier entschieden hätte, dass der fundus Corne-

[42]) Aber diese Thatsache ist kein Karakteristikum der 2. Gruppe.

[43]) Auch Cuiacius, comment. in lib. VI Respons. Pap. glaubt, dass hier die bona materna und paterna das Vermögen des Erblassers erschöpfen, und zwar analog der l. 35, die er ja für einen Kommentar der l. 79 hält.

[44]) Und zwar lassen sich hierfür ganz gut die Gründe heranziehen, mit denen Padeletti S. 28 zu Gunsten der 2. Gruppe der Fragmente mutmasst, dass hier durch die beregten Grundstücke die Erbschaft nicht erschöpft sei. „Nicht bloss kein einziges Wort deute darauf hin, dass die res certae, von welchen die Rede ist, die einzigen in der Erbschaft sind, sondern alles liesse das Gegenteil annehmen."

lianus des Attius und die insula der beiden Titii die ganze Erbschaft ausmachten, ist anzunehmen. Denn s. E. existiert ja im corpus iuris keine Stelle, wo mehrere Erben in bestimmten Sachen eingesetzt sind, diese aber das hinterlassene Vermögen nicht erschöpfen. Der Grund für seine Entscheidung jedoch ist fraglich, jedenfalls hätte er aus einer „Identität der Entscheidung nicht auf eine Identität des Falles“ schliessen können,[45]) denn das Fragment giebt keine Entscheidung.

Für l. 17 und l. 35 D. 28,5 nehme auch ich an, dass der Nachlass des Testators ausschliesslich in den res certae besteht.

Die Ansicht Padelettis (S. 31), dass keine Stelle des corpus iuris die Frage erwähne, wie zu verfahren sei, wenn mehrere Erben in bestimmte ganze Sachen eingesetzt sind, diese res certae aber den Nachlass nicht erschöpfen, führt ihn zur Aufstellung eines besonderen Falles.[46])

Nach seiner Theorie unterscheidet er auch hier bestimmten und unbestimmten Willen. Der Wille könne in zweifacher Weise bestimmt sein, nämlich einmal insoweit, dass die Instituierten die res certae als Prälegate und die übrig bleibenden corpora hereditaria zu gleichen Teilen empfangen sollen, sodann darauf gerichtet, dass die res certae ein Kriterium abgäben für die Quotenteilung der Erbschaft. Sei der Wille unbestimmt, so müsse man nach Sabinus Vorgang den kürzeren Weg einschlagen, die Erwähnung der Sachen wegstreichen und die Erben in gleichen Teilen zur ganzen Erbschaft berufen.

Für mich, der ich annehme, dass in l. 11 und l. 79 das Vermögen des Testators durch die Erwähnung der res certae nicht erschöpft ist, ist dieser von Padeletti konstruierte Fall ohne Bedeutung. Ich kenne nur den Unterschied von Einsetzung auf Sachganze und Einsetzung auf Sachteile, ob diese

[45]) Padeletti S. 28. Dies die Motivierung, mit welcher er für l. 79 das Vorhandensein noch weiterer Vermögensstücke bestreitet.

[46]) Nämlich Einsetzung Mehrerer auf Sachganze, ohne dass durch die res ceatae der Nachlass erschöpft ist. (S. 31.)

das Vermögen des Testators erschöpfen oder nicht, ist m. E. gleichgültig.

Das Ergebnis zu dem Padeletti im Falle des Vorliegens einer manifestissima voluntas im obigen Sinne gelangt, ist richtig. Einem offenbaren Willen gegenüber konnte er aber auch gar nicht anders. In der Regel wird jedoch der Wille nicht bestimmt sein, und da einfach den kürzeren Weg einzuschlagen und die rei mentio völlig zu detrahieren, halte ich für verfehlt.

Mögen im Falle der Einsetzung auf Sachganze diese die ausschliesslichen oder die Teil-Bestandteile des Nachlasses sein, immer erhalten die Instituierten gemäss des vermutlichen Willens des Erblassers die res certae als Prälegate.

Auf die Frage nach der Behandlung des ausser den res certae vorhandenen Vermögens werde ich unten noch eingehen.[47])

Fassen wir das gewonnene Resultat kurz zusammen, so sehen wir: Die 6 Stellen, die über die Einsetzung mehrerer Erben auf Einzelobjekte handeln, lassen sich in 2 Gruppen sondern. Bei der ersten (Einsetzung auf Sachganze) geht der vermutliche Wille des Testators dahin, dass die Eingesetzten die res certae wirklich erhalten. Da er leicht realisierbar ist, wird er auch verwirklicht und zwar unter Zuhilfenahme der Theorie von den Vorvermächtnissen. Bei der 2. Gruppe (Einsetzung auf Sachteile) ist der präsumtive Wille darauf gerichtet, dass die Sachteile zum Massstab dienen sollen für die Grösse der Erbteile. Da sich seiner Ausführung aber grosse Schwierigkeiten in den Weg stellen, wird er nur erfüllt, wenn er manifestissime ausgedrückt ist.

Sowohl bei der ersten wie bei der zweiten Gruppe kann jedoch eine Verschiebung dieser gewöhnlichen Auslegung dadurch eintreten, dass die manifestissima voluntas auf eine andere Behandlung gerichtet ist, dort auf eine Quotenteilung des Vermögens, hier darauf, dass die Instituierten die Teile der res certae als Prälegate voraus empfangen.

---

[47]) Seite 45 und 46.

§ 12.

Forschen wir nun nach der Entstehungszeit dieser Behandlung der res certae, so sind zunächst bezüglich der 2. Gruppe nicht viel Worte zu verlieren. Dass auch hier die rei mentio zur Aufrechterhaltung der Erbenqualität bereits zu des Q. Mucius Scaevola Zeiten detrahiert wurde, wurde schon oben dargelegt. Dagegen erscheint es fraglich, ob gemäss des vermutlichen Willens des Testators zu dieser Zeit die rei mentio auch als demonstratio certae partis in Betracht kam. In dieser Beziehung scheint Streit bestanden zu haben bis auf Sabinus, der dann entschied, dass der Schwierigkeit der Ausführung halber der präsumtive Wille nur dann erfüllt werden solle, wenn er manifestissima wäre.

Was sodann die Frage nach der Entstehungszeit der Behandlung der res certae als Vorvermächtnisse anbelangt, so ist vorerst auch hier zu konstatieren, dass sie aus den Quellen nicht zu entnehmen ist, weil Papinians „constitit“ und Ulpians „dicebam receptum esse“ sie in eine frühere Periode verweisen, und Gaius nichts als eine Anwendung der bereits iure communi Geltenden auf das Testament des miles macht. Neuner S. 152, Anm. 11.

Wir sind also auch hier auf Mutmassungen angewiesen.

Jedenfalls lässt sich behaupten, dass die Behandlung der res certae als Vorvermächtnisse so lange unmöglich war, als noch die zivilrechtlichen Legate alleinherrschend waren. Denn diese heischen Anordnung imperativis verbis, und eine Verfügung, die nicht demgemäss streng formell angeordnet war, konnte nicht als ein Legat behandelt werden.

Den Legaten stehen die Fideikommisse gegenüber. Die Anordnung derselben geschieht precativis verbis. „Fideicommissum est“ sagt Ulpian „quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.“

Aber auch die Behandlung der res certae als Fideikommisse war vorliegenden Falls solange unausführbar, als die Fideikommisse noch mit prekativen Worten wie z. B. „fidei tuae committo“ angeordnet werden mussten. Erst als

jede latente Willensäusserung genügte, als man auch in Verfügungen, die keine verba precativa aufwiesen, verba fideicommissaria sah, § 3 J quibus mod. test. infirm 2,17; l. 29 D. ad Sct. Trib. 3,61[48]), kurz als die Jurisprudenz anfing, stillschweigende Fideikommisse anzunehmen — Neuner nennt diesen Vorgang erstrakte Fideikommisstheorie — konnte in der Erwähnung der res certa in unserem Falle die Anordnung von Fideikommissen gefunden werden. Neuner S. 150 ff.

Es ist jedoch noch eine Einschränkung zu machen. Auch jetzt liegen keine vera, sondern nur utilia fideicommissa vor, wenn ich mich so ausdrücken darf. Denn man muss sich immer vergegenwärtigen, dass die ganze Aufrechterhaltung der institutio ex re certa überhaupt eine juristische Konstruktion ist, nicht auf einer grammatischen Interpretation der Worte, sondern einer „psychologischen Interpretation der Juristen" beruht, wie Buchholtz, Lehre von den Prälegaten S. 253, sich ausdrückt.

Demnach ist der Satz aufzustellen, dass sich die res certae in unserem Falle als stillschweigende Quasi-Präfideikommisse[49]) qualifizieren und dass diese Behandlung erst auf Grund der erstarkten Fideikommisstheorie aufgekommen ist

In der ganzen Auffassung stimme ich mit Neuner überein, der m. E. ebenfalls keine wirklichen, sondern nur utilia praefideicommissa annimmt.

Sicher ist Padeletti im Unrecht, wenn er Neuner vorwirft, er rede von einem wahren Fideikommiss. Padeletti polemisiert noch weiter gegen Neuner, indem er sagt, ebensowenig wie von einem wahren Präfideikommiss, könne man von einem wahren Prälegat sprechen; eine solche Rechtsfiktion könne sowohl unter der absoluten Herrschaft der 4 genera legatarum als unter der der freien Formen auf-

[48]) Siehe über die Stellen Neuner S. 74 ff., Padeletti S. 87 ff., Schwing S. 17 ff.

[49]) Wenn ich zuvor im Ausdruck Prälegate dafür gebraucht habe und auch fernerhin zum Teil noch gebrauchen werde, so geschieht dies aus Gründen der Einfachheit.

gestellt werden. Padeletti scheint zu glauben, mit dem Begriffe Rechtsfiktion Alles erklären zu dürfen. Das ist nicht richtig.

Auch eine Rechtsfiktion muss innerhalb der rechtlichen Schranken bleiben. Die Kopie muss immer dem Originale gleichen. Gerade das war der Grund, der mich veranlasste, utilia fideicommissa und nicht utilia legata anzunehmen.

Schwing S. 60 ist mit dem Ausdruck stillschweigende Präfideikommisse einverstanden, will sie aber in eine frühere Zeit versetzen. Doch er hat missverstanden, was Neuner unter erstarkter Fideikommisstheorie versteht, und meint, sie datiere seit der Zeit, als die Fideikommisse anfingen extra ordinem klagbar zu werden, während sie doch von der Zeit ihren Ausgang nimmt, wo Fideikommisse rechtsgiltig auch stillschweigend angeordnet werden konnten.

Kuntze H. I S. 5 stützt sich zur Widerlegung der Fideikommisstheorie Neuners hauptsächlich noch auf den Padeletti'shen Satz „die heredis institutio ex re certa sei ja früher vorgekommen als das Fideikommiss.“ Dies ist zwar richtig, damals wurden desshalb aber auch die res certae nicht als Präfideikommisse behandelt, sondern die rei mentio ebensowohl für das Gerufensein wie für das Bekommen detrahiert.

Kretschmar, Natur des Prälegats S. 128, und Buchholtz, Lehre von den Prälegaten S. 253, wollen wirkliche Prälegate annehmen. Ersterer beruft sich dafür besonders auf l. 17 pr. D. de test. mil., wo es am Schlusse heisst: valebit institutio perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.

Aber hieraus folgt nicht, dass die res certae als Prälegate betrachtet werden sollen, sondern nur, dass eine Verfügung, die nicht formell als praeceptio angeordnet worden ist, doch denselben Effekt wie diese haben soll, natürlich in einer ihrer Natur angemessenen Form.

Auch Dernburg S. 166 Anm. 9 Bd. III nimmt ein Prälegat an und zwar beruft er sich hierfür darauf, dass die Zuwendungen durch das iudicium familiae herciscundae ver-

wirklicht würden und nicht wie die Fideikommisse extra ordinem durch die Magistrate.

Er vergisst jedoch, dass das iudicium fam. herc. ein Universaljudicium ist, bestimmt und befähigt, alle Ansprüche der Miterben aus dem Erbvermögen gegeneinander abzuthun, mögen sie nun aus Prälegaten oder Präfideikommissen herrühren.

§ 13.

Das Gegenstück zur institutio ex re certa bildet die institutio excepta re certa, wenn Einer oder Mehrere zum Erben ernannt mit Ausschluss gewisser Sachen; l. 75 D. de her. inst. 28,5, l. 86 pr. D. de leg. II.

Die Erben sind hier in gehöriger Art eingesetzt, die ausgenommenen Sachen bekommen sie jedoch nicht. In der Erwähnung derselben sieht man vielmehr die Anordnung eines Singularfideikommisses zu Gunsten der Intestaterben bezw. der Miterben.[50])

Diese Meinung ist die herrschende.[51]) Abweichend unterstellen Neuner S. 37 ff. und Padeletti S. 5 die institutio excepta re certa der Kategorie der institutio ex re certa, weil eine Einsetzung mit Ausschluss gewisser Sachen nichts anderes bedeute als eine Einsetzung auf die übrigen Sachen und demgemäss auf res certae.[52])

---

[50]) Oder sonstwie deutlich Gekennzeichneter.

[51]) Vergl. Windscheid Bd. II § 553 not. 7 a. E. und die daselbst Zitierten. Entsprechend lautet auch der § 17 91 des Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuch: Hat der Erblasser bestimmt, dass ein Vermögensgegenstand dem eingesetzen Erben nicht zufallen solle, so ist anzunehmen, dass die gesetzlichen Erben diesen Gegenstand als Vermächtnis erhalten und mit diesem nach Massgabe der Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge bedacht sein sollen.

[52]) Nach ihnen bekommt der heres excepta re institutus auch die ausgeschlossenen Sachen. Neuner (S. 66 und 91) macht jedoch davon eine Ausnahme, wenn aus den Dispositionen des Testators deutlich erhellt, zu wessen Besten die Ausschliessung gelten soll. Auffallenderweise unterscheidet er zwischen l. 75 cit. und l. 86 pr. cit. (Siehe darüber Sehwing S. 16) M. E. ist eine weitere Willenserklärung des Testators gar nicht nötig. Denn bei der so bestimmt

Sie sei desshalb auch gerade so wie die echte institutio ex re certa, nämlich durch Detraktion der rei mentio, aufrecht zu erhalten.

M. E. treibt eine solche Argumentation den Grundsatz von der Unteilbarkeit der hereditas auf die Spitze, denn durch die Herausnahme einzelner Objekte wird doch das iuris nomen der hereditas nicht angetastet. Mandry im Archiv für Zivil-Praxis Bd. 51 Nr. 5, Windscheid Bd. III § 553 not. 1, Schwing S. 15.

Bezüglich der weiteren Gestaltung des 1. und 3. Falls der institutio ex re certa ist folgendes nachzutragen:

Wie schon oben[53]) gesagt, gilt im 1. Falle der Eingesetzte immer als heres ex asse. Geht jedoch aus den Dispositionen des Testators hervor, zu wessen Gunsten er den so Instituierten wirklich auf die res certa beschränken wollte, so ist hierin zugleich ein stillschweigendes Universalfideikommis enthalten. Das bei der institutio excepta re certa Gesagte ist hier zu wiederholen, dass nämlich die Herausnahme einzelner Objekte dem ideellen Begriff der hereditas nicht derogiere, dass die Ausscheidung einzelner Sachen mit der Anordnung einer Universalsukzession keineswegs unvereinbar

---

ausgesprochenen Verfügung, dass der eine eingesetzte Erbe oder der Teilerbe die ausgeschlossene Sache nicht erhalten solle, besteht eine wichtige Vermutung, dass die Sache für die Intestaterben bezw. die Miterben ausersehen sei. Diese hat der Testator beim Ausschluss zweifellos im Auge gehabt, warum noch eine weitere Erklärung von seiner Seite verlangen? Wider den kategorischen Willen des Testators die ausgeschlossene Sache dem eingesetzten Erben dennoch zuzuweisen, ist eine Massnahme, die sich mit dem grossen Respekt der Römer vor letztwilligen Verfügungen schwer in Einklang bringen lässt. Wie nötig es ist, in der Anordnung des Testators, dass seine Testamentserben eine gewisse Sache nicht bekommen sollen, Vermächtnisse zu Gunsten der Intestaterben zu erblicken, geht noch deutlicher aus dem der instit. excepta re certa verwandten Fall hervor, wenn der Testator seinen Erben auf bestimmte Sachen eingesetzt und dabei ausdrücklich verboten hat, dass derselbe mehr bekommen solle. Trotzdem wendet Neuner S. 43 und 73 dem eingesetzten Erben auch die ausgeschlossene Sache zu.

[53]) Seite 18.

sei. Der Erbe behält also die res certa titulo heredis, der Universalfideikommissar erwirbt das Gesamtvermögen, verkürzt durch Ausscheidung der res certa. Dernburg Bd. III S. 165 not. 6, Schwing S. 56. Abweichend Neuner S. 122, Vangerow Bd. II S. 150,1, die entscheiden, dass der Erbe die res certa als Singularfideikommiss vom Universalfideikommissar zurückerhalte und demnach nur titulo singulari besitze.

Ueber die hier nicht weiter interessierende Kontroverse vergl. Windscheid Bd. III § 652 not. 77.

Im 3. Falle restituierte der heres ex re certa, der wie ich nochmals wiederhole, ebenfalls wirklicher Erbe ist, vor Justinian die ihm detracta re geschaffene pars hereditaria als stillschweigendes Universalfideikommiss an die gehörig Eingesetzten, seit Justinians c. 13 C. de her. inst. 6,24 geschieht diese Übertragung schon von vornherein kraft Gesetzes, während er die res certa als stillschweigendes Singularfideikommiss erhält. Hier empfängt in der That der vitiös eingesetzte Erbe die res certa titulo singulari, und zwar desshalb, weil er die Sache nicht (wie beim 1. Fall) schon in seiner pars hereditaria besitzt, sondern alle Erben an ihr partizipieren. Vergl. Neuner S. 367—484, Vangerow S. 152—156 und über die verschiedenen Auffassungen Windscheid Bd. III § 555 not. 11.

§ 14.

Ehe ich diesen Abschnitt beendige, sind noch 2 andere Fragen zu erörtern:

1) Was hat mit dem ausser dem bona materna und paterna noch vorhandenen Vermögen zu geschehen?

Ein Blick auf unsere Stelle genügt, um zu sehen, dass sie selbst die Antwort giebt. Es heisst nämlich: „iure semisses ambos habere constitit.“ Das bedeutet doch nur, Jeder erhält als Erbteil die Hälfte des ganzen Vermögens, also nicht nur der bona materna und paterna, sondern auch des noch überschiessenden. Ebenso heisst es in l. 11 D. de her. inst. (28,5): „habebunt duo Titii semissem, Attius semissem“,

natürlich des ganzen Vermögens. Nirgends ist angedeutet, an wen das Plus sonst fallen solle. Es ist mithin zu sagen, dass die Eingesetzten auch das Unverteilte bekommen und zwar als Erbteil und pro rata.[54])

Dieser Behauptung steht ein Passus in l. 35 cit. scheinbar entgegen: „sed ita ut officio iudicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur nihil amplius eum qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi."

Vielen Interpreten hat vorliegende Stelle grosses Kopfzerbrechen gemacht, während ihr Sinn doch so einfach und klar verständlich ist, wenn man nur beachtet, dass in l. 35 durch die res certae das Vermögen des Testators erschöpft ist.[55])

Die Worte können danach nur heissen, jeder Erbe soll bloss seine res certa erhalten und nicht auch einen Teil der res certa seines Miterben.

Es ist wunderbar, wie viel Aufwand an Scharfsinn vergeudet wurde, um aus dem so simpeln Satze einen befriedigenden Sinn herauszubringen. Vergl. Glücks Kommentar Bd. 47 S. 424—429, Buchholz, Lehre von den Prälegaten, S. 11 not. 54, Löhr, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess Bd. 4 S. 75, Neuner S. 160 ff.

Mit Recht geisselt Padeletti S. 35 und 36 die undeutliche Weise dieser Interpreten, die nur aus dem Verallgemeinerungsbestreben entspringe, während man doch jeden

---

[54]) Und da sie die res certae als Prälegate empfangen, so erledigt sich dadurch die von Neuner S. 163 angeregte Frage, ob es nicht auch möglich wäre, dass die Eingesetzten das Plus als Einrechnung, d. h. in möglichster Ausgleichung des Wertes ihres einzelnen Erbteils empfangen könnten, so dass die res certa selbst sich jeder in seinen Erbteil einzurechnen hätte.

[55]) In dem Beispielsfalle der l. 35 (Einsetzung auf den fundus Cornelianus und Livianus) heisst es ausdrücklich, der eine fundus betrage $^3/_4$, der andere $^1/_4$ der Erbschaft und in dem der Stelle zu Grunde liegenden Falle haben gewiss ebenso die res Italicae und die res provinciales den gesamten Nachlass erschöpft.

Fall nach seinen besonderen Eigentümlichkeiten zu betrachten habe.

Aus dem Uebergewichte des offenbaren über den vermutlichen Willen folgt, dass,[56]) wenn jener auf eine anderweite Verteilung[57]) des Plus gerichtet ist, ihm entsprochen wird. Geht z. B. aus den Dispositionen des Erblassers klar hervor, wem zu Liebe er nur die res certae und nicht auch den Überschuss zuwenden wollte, so liegt darin indirekt die Anordnung eines Universalfideikommisses für jene Dritte.[58])

2) Die zweite Frage beschäftigt sich mit der Verteilung der Erbschaftsschulden.

Nach der Art und Weise der Aufrechterhaltung der Erbenqualität steht es nicht anders zu erwarten, als dass die Instituierten nach Massgabe der ihnen detracta re künstlich geschaffenen Erbteile an den Erbschaftsschulden zu partizipieren haben. Dementsprechend entscheidet auch Ulpian im l. 35: Unde scio quaesitum est, aeris alieni onus pro qua parte agnosci debeat, et refert Papinianus, cuius sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse; fundos etenim vice praeceptionis accipiendos.

Diese Schuldenregulierung nach Massgabe der Erbteile ist die gewöhnliche. Sie findet aber in unserem Responsum nur für die auf dem unverteilten Nachlass ruhenden Schulden Anwendung. Die eine Hälfte davon entfällt somit auf den Freigelassenen, die andere auf Titius.

Denn die auf den bona materna und paterna lastenden Schulden werden, da die bona Rechtsgesamtheiten sind, in Gemässheit eines anderen Prinzips verteilt. Dasselbe soll im nächsten Abschnitt besprochen werden.[59])

[56]) In dem Falle, wo (anders wie in l. 35) ein Plus vorhanden ist.

[57]) Als die einfache Verteilung nach den gleichen Erbteilen.

[58]) Die Behandlung ist jetzt die gleiche wie ich sie vorhin (S. 44) für den 1. Fall der institutio ex re certa geschildert habe. Denn es ist natürlich gleichgiltig, ob ein oder mehrere Erben ex rebus certis im Testamente eingesetzt sind.

[59]) Seite 55.

Aus den bisherigen Erörterungen können wir das Fazit ziehen, dass der Freigelassene und Titius durch Detraktion der rerum mentio zu gleichen Teilen zum universum ius defuncti gerufen sind. Dagegen bekommen sie gerade die ihnen bestimmten bona materna und paterna bei der Erbteilung als stillschweigende Präfideikommisse; das ausser den res certae noch vorhandene Vermögen erhalten sie ebenfalls und zwar pro rata hereditaria.

Ich komme nunmehr zu den Detail- und Inzidentpunkten.

IV.

§ 15.

„Factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi salva Falcidia scilicet, ut quod vice mutua praestarent, doli ratione quadrauti retinendo compensetur."

Als Rechtsmittel zur Realisierung der stillschweigenden Präfideikommisse nennt unser Responsum das indicium fam. herc. Ausser diesem konnten sie natürlich auch im Extraordinarverfahren geltend gemacht werden.

Die Mittel des Erbteilungsrichters zur Lösung der Erbgemeinschaft sind Adjudikationen, Kondemnationen und Absolutionen, überdies richterliche Befehle. Brinz Bd. III S. 273 ff.

Dadurch, dass der Freigelassene und Titius iure als Erben zu gleichen Teilen gelten, sind bis zur Erbteilung nicht nur die Erbschaftsforderungen und Erbschaftsschulden ipso iure in Gemässheit der Erbportionen unter ihnen verteilt, sondern auch die körperlichen Nachlasssachen gehören ihnen nach dieser Rate gemeinschaftlich. Erst durch den Teilungsrichter wird es bewerkstelligt, dass Jeder das ihm Zugedachte erhält.

Unsere Stelle giebt zugleich die Mittel an, die der Teilungsrichter anwenden muss in den Worten „factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus."

Die Adjudikationen dienen zur Teilung und Verteilung der körperlichen Sachen und dinglichen Rechte der Erbschaft. Ebenso hier. Schon Quiacius[60]) giebt die richtige Erklärung: libertus Titio cedet semissem, quem habet in rebus paternis, et vicissim Titius liberto semissem, quem habet in rebus maternis.

Jeder der Instituierten hat als Erbe auf die Hälfte der ganzen Erbschaft notwendigerweise die Hälfte der res certa seines Miterben. Durch Hilfe des Erbteilungsrichters erhält er die andere Hälfte von seinem Miterben. Der Titel, auf welchen hin er zuletzt seine res certa besitzt, ist demnach ein doppelter, denjenigen Teil der res certa, welcher in seiner eigenen pars hereditaria liegt, hat er iure heredis, denjenigen Teil aber, den er von der pars hereditaria seines Miterben bekommt, iure legati.[61])

Nicht so klar und unbestritten wie die Auslegung des Ablativus absolutus „factis adiudicationibus" ist die Deutung der Worte „interpositis propter actiones cautionibus."

Was sind es für actiones, die Papinian im Auge gehabt und wegen derer cautiones nötig sind?

Cuiaz erklärt die Worte folgendermassen: Die Erben sollen Kautionen auf verhältnismässige Rückgabe leisten für den Fall, dass ihnen wegen jetzt noch unbekannter, später geltend gemachter Schuldforderungen oder Dritten zugewendeter Legate aus der Erbschaft zu viel zugewiesen wäre.[62]) Ebenso die Glosse.

---

[60]) Commentarius ad titulum de her. inst. I S. 1103 und ähnlich comment. in lib. VI Respons. Pap. IV S. 1047.

[61]) Cuiacii comment. in lib. VI Respons. Pap. . . . Atque ita quidem facit, ut bona materna secundus capiat partim iure hereditario sive iure institutionis a se ipso, partim iure legati a coherede; et similiter primus bona materna ut capiat partim iure hereditario partim iure legati.

[62]) Comment. in lib. VI Respons. Pap. . . . . cautionem sibi invicem primus et secundus praebere debent datis fideiussoribus hac formula: quod amplius ceperint quam per legem Falcidiam liceat, reddi. . . . . Quid hoc est, propter actiones? nimirum propter aeris alieni personales actiones id est, propter actiones hereditarias, quas

Neuner S. 222 und 223 dagegen erinnert daran, dass die bona materna und paterna Rechtsgesamtheiten sind, zu denen auch Forderungen und Schulden gehören. Unter den actiones, aktive wie passive, seien desshalb die Forderungen und Schulden zu verstehen, die einerseits aus dem mütterlichen, andererseits aus dem väterlichen Vermögen des Testators noch vorhanden sind.

Der Teilungsrichter habe hier wie bei jedem legatum hereditatis unter den Beteiligten diejenigen cautiones (stipulationes) zu vermitteln, durch welche bewirkt werde, dass dem auf eine von dem Testator erworbene Erbschaft (eines Dritten) Eingesetzten die mit ihr zusammenhängenden Obligationsverhältnisse auf indirektem Wege ausschliesslich zugewiesen sind.

Wenn hier Neuner ganz unvermutet die betreffende Anordnung mit einem legatum hereditatis vergleicht, so tritt er damit eigentlich in Widerspruch mit seinen Ausführungen von S. 146 und 150 ff., wonach die res certae als stillschweigende Präfideikommisse zu betrachten sind, und mit seiner Behauptung von Seite 501 ff., dass ex Trebelliano überall da restituiert würde, wo das Restitutionsobjekt in einer universitas iuris besteht (er folgert dies aus l. 6 § 2 D. ad Sct. Treb. 36,1; unter universitas ist hier jedoch keine Rechtsgesamtheit überhaupt gemeint, sondern nur die Gesamtheit des Vermögens des Erblassers).

Er macht sich hierdurch einer doppelten Inkonsequenz schuldig und zwar ohne Grund. Denn ich werde zeigen, dass man auch, ohne ein legatum hereditatis anzunehmen, zu demselben Resultate kommen kann.

Vorher ist jedoch noch eine andere Frage aufzuwerfen, die soviel ich weiss, bis jetzt noch nicht gestellt worden ist. Sollten nämlich in unserem Falle nicht vielleicht fideikommissa hereditatum vorliegen in der Art, dass die Restitutions-

emergentes postea creditores hereditarii intendunt in heredes singulos pro hereditariis portionibus, id est pro semisse omnium bonorum . . . Item propter actiones legatorum emergentium, postea prolatis codicillis quamdiu celatis quae actiones hereditariarum loco sunt.

objekte Gegenstand von Universalfideikommissen bilden, und die Miterben zu gleicher Zeit Prä- und Universalfideikommissare sind.

§ 16.

Die Beantwortung dieser Frage ist keine müssige, denn von ihr hängt die Entscheidung über die Deutung des Ablativus absolutus[63]) ab. Sollte sie sich bejahen lassen, so wäre nämlich die Neuner'sche Argumentation haltlos, denn alsdann wären stipulationes ad exemplum emtae venditae hereditatis und überhaupt irgend welche cautiones nicht nötig, vielmehr würden die Klagen aktiv und passiv mit der Restitutionserklärung direkt übergehen. Dann wäre nur die Interpretation des Cuiacius am Platze.

Die Frage nach dem Vorliegen von Universalfideikommissen kann man dadurch nicht von vornherein zurückweisen, dass man einwendet, Papinian habe durch die nachfolgenden Worte „salva Falcidia scilicet" darauf hingedeutet, dass die Falzidia zur Anwendung käme (wozu der Erbe das Recht hat, si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus est), infolge des Quartabzugs aber nach vorjustinianischem Rechte nicht ex Trebelliano, sondern ex Pegasiano restituiert würde. Denn liest man in unserem Responsum weiter, so sieht man, dass die compensatio legatorum mutuorum für zulässig erklärt wird, in welchem Falle sich der Erbe die Quart nicht abziehen darf, und alsdann geschah die Restitution wieder ex Trebelliano.[64])

Die Frage, ob eine vom Erblasser erworbene Erbschaft selbständiges Objekt eines Universalfideikommisses sein kann, ist eine strittige. Die meisten Schriftsteller bejahen sie, so Vangerow Bd. II S. 548, Brinz Bd. III S. 439, Windscheid Bd. III S. 419. — Rosshirt Bd. I S. 126 und Bd. II S. 30, sowie Dernburg Bd. III S. 240 verneinen sie.

---

[63]) „Interpositis propter actiones cautionibus."

[64]) Wie Neuner S. 101—103 mit guten Gründen dargelegt hat.

Die ersteren stützen sich auf l. 17 § 5 D. ad Sct. Treb. 36,1, die letzteren auf den folgenden § derselben lex, indem beide abwechselnd der ihrer Behauptung widerstreitenden Stelle das Gewicht absprechen und sich mit Emendationen helfen. M. E. ist die Meinung Dernburgs die richtige, nur ergänze ich ein Wort und er korrigiert es. Um die Richtigkeit der Dernburg'schen Ansicht beweisen zu können, setze ich zuerst die zwei §§ der l. 17 cit. her.:

„L. 17 (16) § 5 ad Sct. Treb.: Set et si quis non hereditatis suae partem dimidiam rogavit heredem suum restituere, sed hereditatem Seiae, quae ad eum pervenerat, vel totam vel partem eius, heresque institutus suspectam dicat, cum placeat illud, quod Papinianus ait ex Trebelliano transire actiones dici potuit, si suspecta dicatur hereditas, cogendum heredem institutum adire et restituere hereditatem totamque hereditatem ad eum, cui restituitur, pertinere.

§ 6. Sed et si miles rogaverit quem res Italicas restituere vel res provinciales dicendum est, suspectam dicentem cogi adire et restituere; nam ut eleganter Maecianus libro sexto fideicommissorum ait, qua ratione ex certa re miles heredem instituere potest actionesque ei dabuntur, pari ratione etiam ex Trebelliano transibunt actiones: et quamvis placeat, cum quis hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obvenerunt vel quae in alia regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeant actiones, tamen contra responderi in militis testamento ait: nam sicuti concessum est, inquit, militibus circa institutionem separare species bonorum, ita et, si per fideicommissum ab institutis heredibus id fecerit, admitteretur Trebellianum senatus consultum."

Die beiden §§ widersprechen sich, offenbar liegt ein verdorbener Text vor. Zu ihrer Vereinigung wurden von Vangerow Bd. II S. 548 und Mommsen (Windscheid Bd. III § 663 not. 4) sehr gekünstelte Versuche unternommen. M. E. genügt eine einfache Ergänzung, um allen Schwierigkeiten abzuhelfen.

In § 5 wird schlechtweg der Satz aufgestellt, dass der Testator[65]) eine ihm zugefallene Erbschaft zum Gegenstand eines Fideikommisses mit trebellianischer Folge machen könne.

In § 6 wird einem miles die Fähigkeit zugesprochen, seine res provinciales und Italicae zum Objekt eines Erbschaftsvermächtnisses zu bestimmen, und zwar wird ausdrücklich der Entscheidungsgrund beigefügt, der Soldat könne ja auch auf eine species bonorum mit dem Erfolge des Klagenübergangs instituieren. Letzterer Umstand ist sogar symptomatisch für das testamentum militare, wie wir später noch sehen werden. Aus der Motivierung folgt, dass die Behandlung der res provinciales und Italicae eine abnorme ist. Denn wenn sie die Regel wäre, warum dann die Begründung?

Ist es da nicht auffallend, dass die Fähigkeit des Soldaten einen anderen Vermögensbestandteil als seine eigene Erbschaft oder eine Quote derselben zum Objekt eines Universalfideikommisses machen zu können, besonders motiviert wird, was an sich um so überflüssiger erscheint, als sich das testamentum militare doch auch in anderen Beziehungen zahlreicher Singularitäten erfreute, während dem Paganus (quis) diese Kraft sans phrase zugesprochen wird?

Weiter im nachfolgenden Vergleiche zwischen paganus und miles am Schlusse des § 6 wird gesagt, ersterer könne weder ihm zugefallene Erbschaften — hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obvenerunt — noch seine res provinciales und Italicae quae in aliqua regione habet — zum Gegenstand eines Fideikommisses mit Antrittszwang bestimmen, wohl aber der Soldat. Auch hier wird nochmals die Begründung gegeben, dass eine solche Unterscheidung auf einer besonderen Konzession an die Soldaten beruhe.

---

[65]) „Quis.“ Und zwar ist unter dem blossen quis, wie aus der im § 6 folgenden Gegenüberstellung von „cum quis hereditatem . . . ex Trebelliano non transeant actiones“ und „tamen in militis testamento contra responderi“ hervorgeht, ein paganus zu verstehen.

Während es sich also in § 5 um eine dem Testator zugefallene hereditas, im Anfange des § 6 um res provinciales und Italicae handelt, sind am Ende desselben die beiden zusammengenommen und hier wird der Grundsatz aufgestellt, dass sie nur im Testamente eines miles Objekt eines Universalfideikommisses sein könnten. Gleichzeitig wird diese Vergünstigung des Soldaten durch den Hinweis auf das Privileg der Soldaten bei der institutio ex re certa motiviert.

Durch diese Deduktion wird man auf den Gedanken gebracht, dass das blosse quis im § 5 nicht richtig sein kann, dass es sich vielmehr auch hier um einen miles drehen muss. Ich nehme daher keinen Anstand, hinter quis miles zu ergänzen, eine Korrektur, die um so weniger stört, als sie im corpus iuris oft notwendig ist.

Ich ergänze miles und verwandle nicht statt dessen, quis in miles, wie Dernburg thut, weil es eher der Fall sein wird, dass die Abschreiber miles weggelassen haben in dem Glauben es aus dem nachfolgenden § suppliren zu können, als eigenmächtig für quis ein ganz anderes Wort zu setzen.

Um § 5 in Einklang mit der vorhergehenden Stelle zu bringen, ist es noch nötig, das „et“ zwischen „Sed .... si quis“ zu eliminiren.

Jetzt entsteht ein einheitlicher Sinn, aus der Disharmonie wird eine Harmonie: In § 5 hat ein Soldat eine ihm zugefallene Erbschaft zum Gegenstand eines Universalfideikommisses gemacht, in § 6 seine res Italicae und provinciales. Eine solche Verfügung widerspricht zwar den allgemeinen Regeln des römischen Erbrechts (dies folgt aus der besonderen Begründung), dass der Soldat sie trotzdem rechtsgültig treffen darf, ergiebt sich aus den Privilegien des ius militare. Am Schlusse des § 6 wird das Soldatentestament nochmals ausdrücklich dem Paganentestament gegenübergestellt, bei welchem eine solche Behandlung nicht statthaft ist.

Das Ergebnis der Untersuchung ist demnach, dass wohl nach ius militare, aber nicht nach ius commune eine dem Testator zugefallene Erbschaft Objekt eines Universalfideikommisses sein kann.

Das so Gefolgerte ergiebt sich auch allgemein aus den Prinzipien des römischen Erbrechts. Dadurch dass Jemand eine Erbschaft erworben hat, hört diese auf, ein selbstständiger Rechtsbegriff zu sein. Vor allem sind die Schulden der Erbschaft jetzt Schulden des Erben. Die Gläubiger haben ein festes Anrecht, gegenüber dem Erben gerade von ihm befriedigt zu werden. Stirbt er, so sind seine gesetzlichen oder gewillkürten Rechtsnachfolger die Schuldner, an die sich die Gläubiger halten. Es kann dem Erben nicht freistehen, seine Gläubiger statt an diese an einen Universalfideikommissar zu weisen und dadurch eine ihnen möglicherweise vorteilhafte Konfusion aufzuheben.

Vergl. Dernburg Bd. III S. 240.

Aus diesen Ausführungen erhellt, dass an ein fideikommissum hereditatis in unserem Falle nicht zu denken ist, vielmehr liegt nur ein Singularfideikommiss vor. Ein legatum hereditatis wie Neuner annimmt, ist wie schon gesagt, in zweifacher Beziehung falsch. Denn einmal ist es kein Legat sondern ein Fideikommis, sodann kein Vermächtnis der Erbschaft, sondern nur eines Komplexes von einzelnen Vermögensstücken.

Dass ich wie vorhin bemerkt materiell zum selben Ergebnisse wie Neuner kommen würde, erklärt sich daraus, dass auch ein legatum hereditatis lediglich Sondernachfolge begründet.

Zu den bona materna gehören Forderungen und Schulden, ebenso zu den bona paterna.

Um nun zu bewirken, dass der Freigelassene und Titius, welche doch beide Erben zur Hälfte sind und unter denen, die nomina und debita hereditaria nach diesem Massstabe von vornherein ipso iure geteilt sind, gerade die ihren bona anhaftenden Forderungen und Schulden erlangen, ist es notwendig, dass der Erbtheilungsrichter ihnen Stipulationen auferlegt, worin sie sich verpflichten, Alles von den Forderungen des Anderen Einkassierte demselben zurückzugeben und versprechen, den Anderen für Alles, was er an Schulden für sie bezahlt, zu entschädigen.

Dass die Worte interposites propter actiones cautionibus nur diesen Sinn haben und nicht den von Cuiaz interperetierten, folgt aus dem engen Zusammenhang mit „factis aduidicationibus“ und ihrer Stellung zwischen „supremam voluntatem . . . . sequi“, denen gegenüber die beiden Ablativi absoluti nur eine nähere Ausführung geben wollen.

Verhält sich dies so, so erhellt die Unrichtigkeit der von Cuiaz aufgestellten Ansicht, dass l. 35 cit. ein Kommentar unseres Responsum sei.

Vergl. Neuner S. 223.

Denn dort partizipiren die Erben in Gemässheit ihrer Erbteile an den Erbschaftsschulden, hier abgesehen von dem unverteilten Nachlass[66]) nach Massgabe ihrer bona materna und paterna.

§ 17.

Die Regel, dass die Instituierten die ihnen bestimmten res certae wirklich bekommen, ist jedoch natürlich keine ausnahmslose. Aus unserem Responsum geht dies durch die einschränkenden Worte „salva Falcidia scilicet“ hervor. Es kann nämlich sein, dass der eine dem anderen zu seinen bona soviel aus seiner detracta re geschaffenen pars hereditaria abzutreten hat, dass ihm aus letzterer nicht einmal ein freies Viertel übrig bleibt. In diesem Falle müsste eigentlich das verletzende Vorvermächtnis gemindert werden. Ulpian spricht dies auch aus in l. 35 § 1 cit., nur dass hier noch einfache Vermächtnisse an Nichterben vorausgesetzt werden, durch deren Konkurrenz erst der Abzug der Quart nötig wird: „et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, hic officio iudicis recidi praeceptiones istas, ut non plus quisque earum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset vel aliud vel etiam praeceptiones.“

Einen Satz zuvor macht Ulpian auf einen anderen möglichen Fall aufmerksam, in welchem die Vorvermächtnisse gemindert, ja sogar gänzlich unwirksam werden: „Quare si

[66]) Vergl. S. 47.

forte tantum sit aes alienum, ut nihli detracto eo superesse possit, consequentur dicemus institutiones istas ex refactas nullius esse momenti."

Dasselbe sagt er nochmals in § 2: „Quae res facit, ut si forte in aliis facultatibus plus sit . . . . . in aliis minus et, aeris alieni ratio urgeat, dici imminutionem eandem fieri, quam supra ostendimus."

Unser Responsum sagt zwar über diese Eventualität Nichts, sie ist aber natürlich vorkommenden Falls auch auf es anzuwenden.[67])

Die lex Falcidia, bekanntlich zur Zeit des zweiten Triumvirats erlassen und durch das Set. Pegasianum auch auf Fideikommisse ausgedehnt, bestimmte, dass dem Erben ein Viertel seiner Erbportion frei von Vermächtnissen bleiben müsse. Einrechnen in seine Quart muss sich der Erbe Alles, was er iure hereditario aus der Erbschaft erhält, während er das, was er iure legati erlangt, supra quartam hat.

So muss sich der Prälegatar denjenigen Teil seiner res certa, der in seiner eigenen Erbportion enthalten ist, welchen er also iure heredis inne hat, in seine Quart imputieren, während er denjenigen Teil seiner res certa, den er von der Portion seines Miterben, also iure legati bekommt, extra quartam hat.

Demnach könnte in unserem Responsum, wenn wir annehmen,[68]) dass die bona materna 300 des Gesamtvermögens betrugen, die bona paterna 60,[69]) Titius dem Freigelassenen von dem ihm zu zahlenden Prälegate von 150

[67]) Weiter können die Vorvermächtnisse noch dadurch eingeschränkt werden, dass einem der Instituierten res certae von so grossem Werte zugewendet sind, dass dadurch andere Instituierte, die zugleich Pflichteilsberechtigte des Testators sind, in ihrem Pflichtteil verletzt werden und desshalb bis zur Ergänzung desselben von dem zu prästierenden Legate einen Abzug machen. S. Neuner 226 ff.

[68]) Auf das ausser den bona materna und paterna noch vorhandene Vermögen habe ich der Einfachheit halber keine Rücksicht genommen, sondern den Fall gesetzt, dass die bona den Nachlass erschöpften.

[69]) Es sind dies die Buchholtz'schen Zahlen.

einen Abzug von 15 machen, da er widrigenfalls in seiner Quart, die 45 beträgt, verletzt wäre, während er die 30, welche er von dem Freigelassenen iure legati empfängt, supra quartam hätte. Streng genommen hätte dies zu gegeschehen,[70]) es greift hier jedoch eine besondere Regel ein. Papinian nämlich beendet unser Responsum mit folgenden Worten:

§ 18.

„Ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.“[71])

Ehe ich an die Interpretation dieses Satzes gehe, muss ich mich über die richtige Interpunktion orientieren.

Ich setze das Komma nach dem Vorgange von Dernburg, Archiv für Zivil-Praxis Bd. 47 S. 305, erst hinter scilicet: „salva Falcidia scilicet, ut . . . .“, während alle anderen Schriftsteller, so Glosse, Cuiaz, Mommsen, Ausgabe des corpus iuris, Buchholtz S. 450 Anm., Neuner S. 149, Padeletti S. 21 u. a. m., es bereits hinter Falcidia machen. Denn letztere Lesart[72]) giebt absolut keinen Sinn. Scilicet ist dabei explikativ gebraucht, in der Bedeutung von „nämlich“, im Anschluss mit dem Folgesatz ut die Worte salva Falcidia näher erläuternd. Diese bedeuten, wie bereits erwähnt, dass jeder Erbe ein Viertel seiner Erbportion frei von Vermächtnissen zurükbehalten darf und dass er das vom Miterben Empfangene supra quartam hat.

Der Explikativsatz aber, der die Aufgabe hätte, dies näher auszuführen, sagt nun statt dessen gerade das Gegenteil,

---

[70]) Desshalb sagte ich auf S. 56: eigentlich müsste das verletzende Vorvermächtnis gemindert werden.

[71]) Die Erklärung dieser Worte hält Cuiacius (comment. lib. VI Respons. Pap.) für so schwer, dass s. E. selbst Ulpian in l. 35 cit., welche doch einen ausführlichen Kommenter der l. 79 enthalte, es unterlassen habe, sich mit ihnen zu befassen: primum responsum l. 79 . . . . . explicatu sane difficile maxime in extremo, cum agit de Falcidia compensando eo, quod coheredes vice mutua praestarunt, adeo ut Ulpianus, qui cetera omnia eius responsi diligentius interpretatus est in l. 35 sup. hoc tit. omiserit eam partem extremam.

[72]) Salva Falcidia, scilicet ut. . . . . .

dass nämlich der Erbe nicht ein Viertel seiner Erbportion zurückbehalten dürfe und dass er das vom Miterben Empfangene nicht supra quartam habe, sondern dass er dasselbe auf die Quart in Anrechnung bringen müsse.

Interpunktiert man dagegen so wie ich es gethan „salva Falcidia scilicet, ut", so hat scilicet eine einräumende, der Satz mit ut eine adversative Bedeutung.

Vergl. Georges, lat.-deutsches Wörterbuch, vocab.: scilicet.

Vor ut kann man dem Adversativsatze entsprechend ganz gut tamen ita ergänzen.

Die Stelle erhält jetzt einen befriedigenden und durchaus konsequenten Sinn: Der Erbteilungsrichter soll den letzten Willen realisieren, allerdings unter Berücksichtigung der Falcidia, jedoch so, dass die Falcidia wiederum Modifikation erleidet in Anwendung einer anderweiten Regel, der sog. compensatio legatorum mutuorum.

Die fünf weiteren Quellenstellen über diese sind: l. 22 pr. D. ad leg. Fal. 35,2, l. 94 eod 35,2, l. 15 D. de his quae ut indignis 34,9, l. 60 § 3 D. ad Sct. Treb. 36,1, l. 24 C. fam. her. 3,36.

L. 22 pr. wollen wir seiner Wichtigkeit wegen hersetzen: „Paulus libro septimo quaestionum. Nesennius Apollinaris Julio Plauto: Ex facto, domine, species huius modi incidit: Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes et a singulis legata invicem dedit: ab una tamen ita legavit tam coheredibus eius quam extraneis, ut Falcidiae sit locus. Quaero an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit uti possit Falcidia et si non possit vel doli exceptione summovenda sit, quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit? Respondi: id quidem quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quominus Falcidiam patiantur: set cum is qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id quod percepturus est ex voluntate defuncti suppleat, quod deducere desiderat. Plane ceteris legatariis non universum,

quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet.“

Die Kompensation bei gegenseitigen Vermächtnissen[73]) besteht darin, dass ein Erbe seinem Miterben und Prälegatar oder einem einfachen Legatar, von welchen er selbst ein Vermächtnis empfangen will, in tantum des zu Empfangenden die Quart nicht abziehen darf — cum is, qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate defuncti, suppleat, quod deducere desiderat. — Er muss sich dasselbe vielmehr auf dasjenige antrechnen, was er gerade diesem Miterben oder Legatar quartae nomine sonst abziehen dürfte, während er den übrigen an ihn gewiesenen Honorierten gegenüber dasselbe nach den gewöhnlichen Grundsätzen supra quartam hat — id quidem quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quominus Falcidiam patiantur — und ihnen andererseits nicht so weit den Quartabzug erhöhen darf, als er denselben jenen Miterben gegenüber eingebüsst hat — plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, nihil ab eo perciperet.

Diese Kompensation unterscheidet sich von der Imputation in die Falcidia dadurch, dass letztere von Amtswegen berücksichtigt wird, auf erstere sich aber der Vermächtnisnehmer, falls er sie zu seinen Gunsten geltend machen will, berufen und ihre Unterlage beweisen muss.[74]) Im Effekte wirkt die Imputation absolut, der Quartabzug wird gleichsam dinglich gemindert zu Gunsten aller Vermächtnisnehmer, die Kompensation wirkt nur relativ gegen die, welche aus der Erbschaft nicht bloss zu fordern, sondern aus derselben an den belasteten Erben auch zu leisten haben, der Quartabzug verringert

[73]) Die Buchholtz'sche Unterscheidung in Sells Jahrbüchern Bd. I S. 264 zwischen eigentlichen Prälegaten und Wechsellegaten ist nur ein Wort-, kein Sachunterschied.

[74]) Entsprechend sagt Cuiacius a. a. O.: compensatio est imputatio voluntaria et contra imputatio est compensatio necessaria.

sich um den Betrag des Gegenvermächtnisses, aber nur zu Gunsten des einen Vermächtnisnehmers, der dasselbe geben soll.

Vergl. Kretschmar, erbrechtliche Kompensationen S. 4 und 5.

Der karakteristische praktische Unterschied zwischen Kompensation und Imputation tritt allerdings da vollständig zurück, wo sich nur vice mutua praestantes gegenüberstehen, wie z. B. in unserem Responsum. Hier hat es dieselbe Wirkung, ob man sagt, Titius habe sich den Teil seiner bona materna, welchen er von dem Freigelassenen empfängt, in die Quart zu imputieren, oder er habe sich ihn compensando auf die Quart aufzurechnen. Der Unterschied liegt hier nur im Wort.

Während man von dem, was Titius iure heredis besitzt, sagt, es wird in die Quart imputiert, spricht man von dem, was er iure legati von dem Freigelassenen erwirbt, es wird auf die Quat kompensiert.[75])

Das Eigentümliche der compensatio leg. mut. springt erst hervor, wenn zu den selbstleistenden Legatarien noch solche hinzukommen, die nur empfangen wollen. Denn diese haben von der Kompensation weder Nutzen noch Schaden.[76])

Aus dem bisherigen ist ersichtlich, dass die compensatio legatorum mutuorum von dem Vorgange, den man gewöhnlich mit Kompensation bezeichnet, sehr verschieden ist.

Vor Allem fehlt ihr das Hauptkriterium der Kompensation das „invicem deberi.“ Während bei der gewöhnlichen Kompensation sich zwei Personen gegenüberstehen, von denen jede berechtigt und verpflichtet ist, sich demnach die An-

---

[75]) So sagt auch von der Pfordten, de praelegatis S. 85: constat igitur in Falcidiam imputari, quae iure hereditario capiuntur, compensari quae vice mutua a legatariis relicta sunt.

[76]) Mit kurzen Worten drückt dies treffend aus von der Pforden a. a. O. S. 83: longe enim diversa est compensatio ab imputatione. Imputatio omnibus legatariis proficit compensatio solum modo ei, a quo mutuum accipitur.

sprüche auf beiden Seiten befinden, ist bei der compens. leg. mut. nur die eine berechtigt und nur die andere verpflichtet, die Ansprüche befinden sich auf derselben Seite. Während dort die Berechtigung des einen durch die des anderen aufgehoben und keine geltend gemacht wird, wird hier die eine Berechtigung von der anderen absorbiert und diese geltend gemacht.

Vergl. auch Brinz Bd. III S. 369.

Um dieser Verschiedenheiten willen der compens. leg. mut. den Karakter der Kompensation überhaupt abzusprechen, oder sie irgend einem anderen Begriff, z. B. der Imputation, zu subsumieren, kann jedoch nur der thun, welcher sich an den eingelebten Sprachgebrauch in Bezug auf die Kompensation klammert.

Kretschmar, erbrechtliche Kompensationen am Anf., hat hier mit guten Gründen einen neuen Gesichtspunkt ins Feld geführt. Er hat bewiesen, dass die bisherige Qualifizierung der Kompensation eine viel zu enge war, dass die erbrechtlichen Kompensationen wesentlich andere Symptome zeigten. Der gewöhnlichen Kompensation stellt er daher die erbrechtliche Kompensation, welche er wieder in zwei Gruppen scheidet, darunter die eine die compensatio leg. mut., zur Seite. Beide, die trotz der Verschiedenheit auch Berührungspunkte haben (z. B. auf beide kann verzichtet werden), stellen koordiniert den Begriff der Kompensation dar.

Der Grund der compensatio legatorum mutuorum beruht wie der der gewöhnlichen compensatio auf der aequitas. Der Schlusssatz der l. 35 D. cit. 34,9 bestätigt diese Auffassung.[77]) Denn es wäre doch offenbar unbillig, wenn der Erbe seinem Partner einen Teil des demselben Zustehenden abziehen wollte, während er von ihm seine volle Forderung in Anspruch nimmt. In diesem Falle wird es desshalb auch mit der exceptio doli removiert. Behandeln sich unter den vice mutua praestantes nur Prälegatarien, nicht auch einfache Legatarien, so war in der Regel eine exceptio doli über-

[77]) . . . . sed Falcidiae beneficio non utetur, si tantum in amissis portionibus erit, quod Falcidiam aequitate compensationis recuset.

flüssig, da der Streit innerhalb des indicium fam. herc. sich bewegte.

Vergl. Kretschmar a. a. O. S. 4.

Nach Dernburg, Archiv für Zivil-Praxis Bd. 47 S. 302, ist der formale Rechtsgrund der compens. leg. mut. die in der Annahme des Prälegats enthaltene Zustimmung des Erben zu der präsumtiven Willensmeinung des Erblassers.

Brinz, Bd. III S. 369 Anm. 17, hält diese Annahme für bedenklich; dass sie sogar nicht richtig sein dürfte, geht, ohne die Frage hier erschöpfend behandeln zu wollen, schon aus unserer Stelle hervor. Hier hat der Erblasser gar nicht daran gedacht, dass dem Erben ein Erbteil geschaffen werde, und die res certae sich als Wechsellegate qualifizieren würden. Er kann desshalb auch nicht den Willen gehabt haben, dass dieselben mit der Quart kompensiert werden sollten.

Buchholtz, Lehre von den Prälegaten, versteht irrigerweise unter compensatio leg. mut. eine gewöhnliche Kompensation zwischen den sich gegenüberstehenden Legaten, nicht aber eine Aufrechnung der Wechsellegate auf die Falcidia.[78])

[78]) Dass dies seine Auffassung ist, geht aus folgenden Stellen seines Buches hervor:

Auf Seite 451. Ein Miterbe und Wechsellegatar B sagt hier zu seinem Miterben A, der ihm infolge von Quartverletzung 15 abziehen, während er auf der anderen Seite 30 von ihm empfangen will: mir kannst du nicht 15 abziehen, da du von mir das Doppelte in Anspruch nimmst. Wir können aber diese 15, ohne sie, gegenseitig uns auszuzahlen, kompensieren. Dass eine derartige Konstruktion eine gewöhnliche Kompensation ist, liegt auf der Hand. Die comp. leg. mut. besteht vielmehr darin, dass B die 15 an A zahlt und dagegen die 30 von ihm empfängt. Diese Unterscheidung ist hauptsächlich dann wichtig, wenn die Prälegate nicht in Summen, sondern in Grundstücken bestehen.

Ferner heisst es in der Note 43 auf derselben Seite: in der comp. leg. mut. kann man eine zweifach fingierte Tradition finden, man nimmt an, der Berechtigte habe von dem Verpflichteten empfangen, und er habe auch diesem zur Tilgung seiner eigenen Obliegenheit ebensoviel gegeben.

Die irrige Auffassung Buchholtz's geht weiter aus der Motivierung hervor, wesshalb das von einem Legatar conditionis implendae gratia

Grund zu diesem Irrtum Buchholtz's hat meines Erachtens der Name compens. leg. mut. gegeben, welchen er mit Kompensation gegenseitiger Vermächtnisse (seien es Wechsellegate oder eigentliche Prälegate) verdeutscht hat. Eine solche liegt aber gar nicht vor, vielmehr eine Kompensation der Wechsellegate auf die Falcidia. Besser gewählt, weil schwerer Anlass zu Missverständnissen gebend, ist die Übersetzung von Rosshirt: „Kompensation bei den Wechsellegaten."

§ 19.

Die Kompensation würde sich im Falle unseres Responsums m. E. ungefähr so gestalten:

Nehmen wir an, das Gesamtvermögen des Erblassers beträge 360, die bona materna, auf welche der Freigelassene instituiert ist, hätten einen Wert von 300, die bona paterna, die für den Titius bestimmt sind, einen Wert von 60.[79])

Von Rechts wegen sind beide zu gleichen Teilen Erben, jeder zu 180, durch den arbiter werden dem Freigelassenen 300, dem Titius 60 zu Teil, und zwar jedem die Hälfte seines Teils als Erbteil, die andere als Prälegat. Titius wird aber dem Freigelassenen nicht 150, sondern nur 135 zahlen wollen, weil er berechtigt ist, von seiner Erbportion (180) ein Viertel (45) zurückzubehalten. Der Freigelassene aber mit Recht ihm einwenden, mir kannst du nicht 15 abziehen, da

---

dem Erben Gezahlte nicht zur Kompensation gebraucht werden könne, weil nämlich in dem Momente, da es zur Kompensation kommen könnte, der Legatar bereits gezahlt haben müsste S. 455.

Wenn die comp. leg. mut. so beschaffen wäre, wie Buchholtz sie sich vorstellt, dann würden die Prälegatarien ihre Vermächtnisse in all den Fällen, wo dieselben in Nichttungibilien bestehen, gar nicht bekommen. Bestehen sie in Summen, dann ist es allerdings im Effekte gleichgültig, ob man eine gewöhnliche Kompensation zwischen den Wechsellegaten oder eine comp. leg. mut. im technischen Sinne annimmt. Nur ist erstere nicht konstruktionell begründet, denn es wird bei ihr gänzlich ignoriert, dass der eine Erbe ausser seinem Rechte auf das Prälegat auch noch ein Recht auf den Abzug der Quart hat, und es werden sich nur die gegenseitigen Vermächtnisansprüche gegenübergestellt.

[79]) Siehe meine Ausführungen aut S. 57 und in Anm. 68.

du von mir ebensoviel, ja noch mehr (30), empfangen willst. Vielmehr musst du dir die 30, die du von mir empfängst, auf die Quart aufrechnen.[80])

Der Erfolg ist also der, dass Titius dem Freigelassenen das volle Legat von 150 leistet und dagegen das ihm gebührende Legat von 30 empfängt. Der Freigelassene hat jetzt die ihm bestimmten bona materna, Titius die ihm bestimmten bona paterna.[81])

Um die compens. leg. mut. richtig verstehen zu können und nach allen Seiten hin zu beleuchten, ist es nötig, noch die Existenz einfacher Legatarien anzunehmen. Exemplifizierten wir demnach, dass noch simple Legatarien mit einer Forderung im Betrage von 300 auftreten, wodurch jeder der Erben 150 zu leisten verpflichtet wäre, so gestaltet sich das Verhältnis wesentlich anders.

Was hier zunächst den Titius betrifft, so ist seine pars hereditaria bekanntlich 180. Davon hat er dem Freigelassenen 150 zu zahlen, ebenso den Legataren 150, zusammen also 300. Diese übersteigen aber seinen Erbteil von 180 um 120. Diese 120 fallen daher verhältnismässig weg, dem Freigelassenen zu 60, den Legatarien zu 60, so dass Titius nach Beseitigung dieser Überschwerung nur 90 an die Freigelassenen und 90 an die Legatarien zu zahlen hat. Davon berechnet er sich aber noch die Quart, hiernach rechnet er jedem 22½ ab, wodurch er 45 als Viertel seiner 180 bekommt. Dem Freigelassenen jedoch darf er propter compensationem diese 22½ nicht abziehen, da er ja 30 von ihm empfängt; sonach gibt er an den Freigelassenen volle 90, an die Legatarien 67½, er selbst behält 22½. Mit den 30, die er von dem Freigelassenen propter compensationem empfängt, hat er zusammen 52½, also 7½ mehr als seine

[80]) Und darfst demgemäss keine Quart geltend machen.

[81]) Nach Bucholtz a. a. O. besteht die Kompensation darin, dass der Freigelassene und Titius sich gegenseitig die 15 nicht zahlen. Da die 15 nun ein Stück der bona materna resp. bona paterna sind, ist es ersichtlich, dass die Erben die ihnen bestimmten bona nicht voll bekommen.

Quart beträgt. Wollten nun die Legatarien gegen seinen Abzug einwenden, du hast uns mehr als 67 1/2 und zwar 75 zu zahlen, da du von dem Freigelassenen 30 empfangen hast, welche du zur Ergänzung deiner Quart benutzen kannst, so ist dies Verlangen zurückzuweisen, da er das von dem Miterben Empfangene extra quartam hat. Wenn er dagegen die 30, die er von Libertus empfängt, imputieren müsste, so dürfte er den Legatarien nicht 22 1/2, sondern nur 15 abziehen.

„Quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatarius proficere, quominus Falcidiam patiantur."

Zugleich aber darf diese Kompensation den Legatarien keinen Schaden bringen. So darf Titius ihnen nicht ausserdem noch 22 1/2 abziehen, die er dem Freigelassenen wegen des Kompensationsrechts nicht abziehen durfte „Plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet."

Was sodann den Freigelassenen betrifft, so betrug seine pars hereditaria ebenfalls 180, davon hat er dem Titius 30 als die Hälfte des Werts der res certa desselben iure legati zu zahlen, den Legatarien 150 als die Hälfte ihrer Vermächtnisse, zusammen also 180. Dieser Gesammtbetrag überschwert nicht den Wert seines Erbteils, dessfallsige Reduktion kommt hier also nicht vor; wohl aber berechnet der Freigelassene sich die Quart; diese Berechnung giebt das Resultat, dass er dem Titius 7 1/2, den Legatarien 37 1/2 abziehen dürfte, zusammen 45 als Viertel seiner 180.

In Wirklichkeit aber darf er nur den Legartarien 37 1/2 abziehen, dem Titius aber propter compensationem nicht die 7 1/2, da er ja 90 von ihm erhält, sonach giebt er an Titius volle 30, an die Legatarien 112 1/2, er selbst behält 37 1/2, dazu kommen noch die 90, welche er von Titius empfängt, giebt zusammen 127 1/2.

Auch hier gilt wie bei Titius der Satz, dass die Kompensation den Legatarien weder nützen noch schaden darf. Das Gesammtresultat ist demnach: der Freigelassene empfängt 127 1/2, (90 iure legati von Titius, 37 1/2 iure heredis von sich

selbst), Titius empfängt 52½ (30 iure legati vom Freigelassenen, 22½ iure heredis von sich selbst), die Legatarien 180 (112½ vom Freigelassenen, 67½ von Titius. Durch diese 3 Summen ist der Nachlass mit 360 erschöpft.[82])

Ich will noch mit wenigen Worten das Beispiel der Glosse und des Cuiacius (comment. in lib. VI Respons. Pap.[83]) besprechen, um zu zeigen, dass die darin gegebene Berechnung zu einem falschen Resultate führt. Es wird hier der Fall gesetzt: „Ein extraneus fordere ein Legat von 120 von A und B. Beide seien nach dem Zivilrecht aequis ex partibus Erben, jeder z. B. zu 200. Durch den arbiter würden dem A 100, dem B 300 zu Teil, jedem die Hälfte seines Teils als Erbteil, die andere als Prälegat. Es müsste daher jeder dem Legatar 60 zahlen, dem A blieben 40, dem B aber 240 übrig und zwar dem A 20 als Erbteil, 20 als Prälegat, ebenso sei es bei B mit seinen 240. Von Rechtswegen müsse dem A seine Falzidische Quart bleiben. Dieselbe betrage 50.

[82]) Buchholtz a. a. O. S. 451 wählt für die Forderung der Legatarien einen Betrag von 120. Diese Zahl ist unpassend, weil sie die Kompensation nicht nach allen Seiten hin klarlegt. Um dies nachzuweisen will ich die Berechnung geben:

Der Erbteil des Titius beträgt 180, davon hat er an den Freigelassenen 150 zu zahlen, an die Legatarien 60, macht zusammen 210. Diese übersteigen aber seine pars hereditaria um 30. Diese 30 fallen daher verhältnismässig weg, dem Freigelassenen zu 21, 43, den Legatarien zu 8, 57, so dass Titius nach Beseitigung dieser Ueberschwerung nur 128. 57 an den Freigelassenen und 51, 43 an die Legatarien zu zahlen hat; davon berechnet er sich aber noch die Quart. Hiernach rechnet er dem Freigelassenen c/32, den Legatarien c/13 ab, wodurch er 45 als Viertel seiner 180 erhält. Aber da er von dem Freigelassenen 30 empfängt, darf er ihm in Wirklichkeit nur 2 abziehen. Sonach giebt er an den Freigelassenen 126, 57, an die Legatarien 38, 43, er selbst behält 15; mit den 30, welche er von Libertus empfängt, hat er zusammen gerade 45. Hier hat also Titius Nichts extra quartam, die Legatarien können infolgedessen gar nicht verlangen, dass er das, was er dem Miterben gegenüber kompensirte, ihnen gegenüber imputirte. Dies an einem Beispiele klar zu machen, war aber gerade das Bestreben Buchholtz's.

[83]) Es wurde auch von Hunger in der Sintenis'schen Deutschen Uebersetzung des Corpus iuris aufgenommen. Bd. III.

In diese rechne er nur die 20 ein, die er iure hereditario besitze, nicht aber die 20, welche er iure legati empfange. Wie aber sei es, könne er von B blos 10 fordern, als welche von 40 zu 50 fehlten oder könne er 30 fordern, weil ihm ja als Erbteil blos 20 übrig blieben, die anderen 20 aber ein Prälegat seien. Er könne blos 10 fordern, um seine Falcidia zu ergänzen und werde mit der exceptio zurückgewiesen, wenn er 30 von B fordern wolle. Denn er müsse die anderen 20 kompensiren, die ihm zedirt worden seien."

Nach dieser Berechnung erhält der einfache Legatar seinen vollen Betrag von 60 von A, während B sich einen Abzug von 10 gefallen lassen muss.

Die Glosse und Cuiacius setzen sich durch eine derartige Behandlungsmethode nicht nur in Widerspruch mit den allgemeinen Prinzipien des Vermächtnisrechts, wonach im Falle des Eintretens der Falcidia sämmtliche Legate zu entsprechenden Teilen gekürzt werden, sondern auch mit dem ausdrücklichen Postulat der compensatio leg. mut., dass die Kompensation, welcher sich der Miterbe und Wechsellegatar unterwirft, den einfachen Legatarien nicht zum Vorteil gereichen soll.

Die Berechnung müsste vielmehr so lauten: Da A 210 leisten soll (150 an B, 60 an den Legatar), sein Erbteil aber nur 200 beträgt, so reduzieren sich die Vermächtnisse verhältnismässig um 10, dem B zu 7, 14, dem einfachen Legatar zu 2, 86. A hat jetzt an B nur 142, 86, an den Legatar 57, 14 zu zahlen. Davon berechnet er noch die Quart; hiernach rechnet er dem B 35, 70, dem einfachen Legatar 14, 30 ab, wodurch er 50 als Viertel seiner 200 bekommt. Dem B darf er diese 35, 70 in Wirklichkeit jedoch nicht abziehen, da er 50 von ihm empfängt. Sonach zahlt er dem B 142, 86, an den Legatar 46, 84; er selbst behält 10, 30, mit den 50, die er von B empfängt, hat er zusammen 60, 30.

§ 20.

Zu interpretieren sind noch die Worte „doli ratione quadranti, retinendo." Vorerst ist auch hier wieder nach der

richtigen Interpunktion zu forschen. Die Glosse interpunktirt „quod vice mutua praestarent doli ratione, quadranti retinendo compensetur.“ Dies ergiebt jedoch keinen Sinn. Denn doli ratione praestare kann nur bedeuten „Was die Erben nach Abzug der Quart leisten.“ Was heisst aber hernach „quadranti retinendo.“

Ich lese mit den meisten „quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.“ Diesen Passus übersetze ich folgendermassen: „Was sich die Erben gegenseitig leisten (die Wechsellegate) soll auf die Quart, die an sich zurückbehalten werden kann, doli ratione in Aufrechnung kommen d. h. mit Rücksicht darauf, dass es, dolos, unbillig sein würde, wenn der Erbe ausser seinem Legat auch noch die volle Quart für sich behalten wollte.“ Es wird also ein dolus darin gefunden, wenn der in seiner Quart überschwerte Titius dem Freigelassenen 15 abziehen wollte, während er selbst 30 von ihm empfängt.

Grammatisch lasse ich quadranti abhängen von compensetur und beziehe retinendo auf quadranti. Manche Ausgaben lesen quadrantem retinenti! Dies ergiebt zwar denselben Sinn wie unsere Lesart, ist aber schlechtes Latein; denn es kann nicht wohl eine Sache mit einer Person kompensirt werden. Doli ratione bezieht sich auf compensetur.

Durch meine Uebersetzung befinde ich mich am meisten mit den übrigen Stellen, die von der Kompensation handeln, in Einklang, vornehmlich mit l. 22 D. ad. leg. Falc. Was sind die Worte: sed cum is qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans uti adversus eum beneficio Falcidiae, si id . . . . etc. anders als eine Paraphrase von: quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.[84])

[84]) Hunger im Deutschen corpus iuris übersetzt, Bd. III S. 76. „Wenn aus Arglist der Eine das Falzidische Vierteil zurückerhalten wollte“ und hat auch demnach exemplifiziert. Aber ich frage, seit wann hat retinere die Bedeutung von recuperare? Gerade in der Verbindung „retinere Falcidiam“ ist es typisch für den Erben, der den Quartabzug zu machen wünscht.

Dernburg, Archiv f. Ziv.-Praxis Bd. 47, S 305 verdeutscht: Das was sich die Erben wechselseitig leisten, soll doli ratione auf die Quart zurückgehalten und kompensiert werden. „Auf die Quart zurückhalten und kompensieren“ ist mir, abgesehen von der Frage der Konstruktion, nicht recht verständlich. Beides dürfte wohl eine Tautologie sein. Denn dadurch, dass das Empfangene auf die Quart zurückgehalten wird, wird es mit ihr kompensiert.

Buchholtz a. a. O. übersetzt in Konsequenz seiner falschen Auffassung von der compens. leg. mut.: „soviel der Eine als Quart abziehen will, ebensoviel behält der Andere zurück; er kompensiert mit der Quart durch sein Retinieren.“ Auf eine Widerlegung brauche ich hier nicht mehr einzugehen.

V.

§ 21.

Es erübrigt noch die Behandlung einer Frage, die ich oben absichtlich bis zuletzt verschoben habe: warum nämlich ist in unserem Responsum das Testament eines paganus Voraussetzung?

Dafür bestehen 3 Gründe:

1) Bei Soldatentestamenten fand die lex Falcidia keine Anwendung, c. 7 C. 6,50 — in testamento militis ius legis Falcidiae cessat; c. 12 C. de test. mil. 6,21; l. 17 § 4 D. testam. mil. 29,1; l. 3 § 1 D. ad Sct. Treb. 36,1 — hoc idem dici potest in testamentis, in quibus lex Falcidia locum non habet, in militis dico . . . . . .

2) Nach ius militare erfuhr überhaupt die institutio ex re certa grundsätzlich eine andere Behandlung.

Vergl. Neuner S. 485 ff.

Der Testator galt hier gewissermassen als eine mehrfache Persönlichkeit, die mehrere Ganze, mehrere quasi hereditates, hinterlassen darf.

Auch nach ius militare existieren die 3 Fälle der institutio ex re certa. Uns interessiert nur der zweite.

Dabei ist vorerst zu unterscheiden, ob durch die Einsetzungen das Vermögen des Erblassers erschöpft ist oder nicht.

a) Ist ersteres der Fall, so sind noch die Gegenstände zu berücksichtigen, auf welche instituiert ist.

Sind diese Vermögenskomplexe wie bona castrensia, bona materna und paterna, res provinciales und Italicae etc., so greift die bereits genannte Regel ein: die res certae gelten als quasi hereditates, welche der Testator wie eine mehrfache Person hinterlassen darf. Dies erhellt aus l. 17 § 1 D. de test mil. 29,1.

„Gaius libro XV ad edictum provinciale: Julianus etiam ait, si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intelligi; ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus (teneatur) obligetur qui ceterarum rerum heres scriptus esset. Cui scilicet conveniens videtur respondisse, ut ex quaque causa debeatur militi, vel huic heredi vel illi, ipso iure debeatur. Quodsi aeterutra pars bonorum aeri alieno, quod ex eo causa pendebit, non sufficiat, et propter hoc is qui ex ea causa pendebit, non sufficiat, et propter hoc is qui ex ea parte heres institutus est, non adierit, alterum, qui adiisset, compellendum esse, aut defendere totam hereditatem, aut totam creditoribus solvere.“

Hier ist zwar allerdings nur von bona castrensia und ceterae res die Rede, aber es ist kein Grund vorhanden, das von ihnen Gesagte analog nicht auch auf andere Vermögenskomplexe auszudehnen.

Anderer Meinung sind u. A. Cuiacius a. a. O. und Vangerow Bd. II S. 159 C. 2, welche nur für die bona castrensia und ceterae res eine vom ius commune abweichende Behandlung annehmen.

In unserer Auffassung werden wir bestärkt durch die bereits besprochene l. 17 § 6 D. ad Sct. Treb.,[85]) wo ausgeführt

[85]) Seite 52 ff.

wird, der Soldat könne die ihm von einem Anderen überkommene bona und seine res provinciales und Italicae zum Gegenstand eines Universalfideikommisses machen, weil er ja auch auf sie mit dem direkten Erfolge des Klagenübergangs *instituieren* könne, der Soldat hätte die Fähigkeit, gewisse Güterschichten — species bonorum — per institutionem zu separieren.

Konsequent seinem Obersatze, dass die Instituierten gewissermassen in zwei verschiedene Erbschaften berufen wären, dass sie bezüglich des ihnen zugewiesenen Vermögens iuris successores und keine heredes ex rebus certis seien, entscheidet l. 17 § 1 weiter, dass die kastrensischen Schulden und Forderungen nur den kastrensischen Erben verpflichteten und berechtigten, die in Bezug auf die ceterae res begründeten, nur den nichtkastrenischen. Die anderweitig daraus ressortierenden Folgerungen werden in l. 16 pr. D. de compens. 16,2 und l. 25 § 1 D. fam. here. 10,2 gezogen.[86])

Sind aber die Objekte, worauf instituiert, Einzelsachen, so kommt das ius commune zur Anwendung.[87]) Die Eingesetzten gelten als heredes sine partibus scripti und die einzelnen Sachen werden als Prälegate aufgefasst.

Dies geht aus der schon zu Genüge erörterten l. 17 pr. D. test mil. deutlich herrvor: Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio perindeque habebitur atque sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.

Die anscheinenden Verschiedenheiten zwischen dem pr. und dem § 1 der l. 17 werden gehoben, wenn man nach dem Vorgange Neuners S. 522 im § 1 Vermögenskomplexe, im pr. Einzelsachen annimmt.

Windscheids (Bd. III § 553, 12—15) Meinung, wonach auch bei der Einsetzung auf Einzelsachen ius militare in

[86]) Vergl. Neuner S. 497—499.

[87]) Die sonstigen Testamentsprivilegien der Soldaten werden aber dadurch nicht alteriert.

Anwendung käme, dürfte sich wohl nicht mit den ausdrücklichen Worten in l. 17 pr. cit. in Übereinstimmung bringen lassen.

b) Ist ausser den res certae noch sonstiges Vermögen vorhanden, dann gilt der Satz „miles pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ (l. 5 J. de her. inst. 2,14, l. 6, l. 19 pr., l. 37 D. de test. mil. 29,1, c 2 C. de test. mil. 6,21).

Hier tritt immer Behandlung nach ius militare ein.

Jeder der Eingesetzten erhält seine angewiesene res certa als besondere quasi hereditas, das Unverteilte fällt als dritte quasi hereditas an die Intestaterben. Darnach erhielte, wenn unsere Stelle einen testator miles voraussetzte, der Freigelassene die bona materna iure heredis, ebenso Titius die bona paterna, der Rest fiele an die Intestaterben ebenfalls iure heredis. Infolgedessen wäre der Freigelassene schon ipso iure und direkt in Ansehung der mütterlichen Forderungen und Schulden Gläubiger und Schuldner, Titius in Ansehung der väterlichen. (A. M. Buchholtz S. 254, dagegen Neuner S. 521, Anm. 9.)

Brinz, Bd. III S. 79 Note H. 36, wendet die Teilung der res certae in Vermögenskomplexe und Einzelsachen auch für den Fall an, wenn durch die Institutionen das Vermögen des Testators nicht erschöpft ist. Nur für erstere solle die Behandlung als quasi hereditates gelten, für letztere dagegen ius commune, und zwar der Fall, wenn die Erben teils auf res certae, teils schlechthin eingesetzt seien.

Diese Unterscheidung geschahe desshalb, weil man zwar bei der Einsetzung auf Vermögenskomplexe bez. der Verteilung der Obligationsverhältnisse wohl Bescheid wisse, nicht aber bei der Einsetzung auf Einzelsachen. Hier sei es zweifelhaft, ob und wie der ex fundo Instituierte an den actiones hereditariae partizipiere.

Letztere Frage ist jedoch sehr einfach zu lösen. Die actiones hereditariae gehören, sobald sie nicht mit einer Einzelsache untrennbar verbunden sind, zu dem an die Intestaterben fallenden unverteilten Nachlasse.

3) Endlich würden in einem Soldatentestamente die Worte „interpositis propter actiones cautionibus“, wie schon oben gesagt,[88]) eine andere Deutung erfahren haben.[89])

§ 22.

Zum Schlusse verlohnt es sich, einen Blick auf die heutige Anwendbarkeit und Behandlung der institutio ex re certa zu werfen.

Der Gebrauch des Wortes „heres“ seitens des Erblassers war, wie wir gesehen, für die Römer der Grund, die institutio ex re certa als Erbeseinsetzung aufrecht zu erhalten. Denn die allgemein gekannte und hochstehende Bedeutung desselben bürgte dafür, dass der Testator mit der Verfügung wirklich eine Erbeinsetzung erstrebt hatte.

Nach deutschen Rechtsanschauungen ist dem Worte Erbe eine solche Wirkung nicht beizumessen. Der gering ausgeprägte Formensinn der Germanen hat es mit sich gebracht, dass wir volkstümliche technische Ausdrücke für die Bedeutung eines Rechtsnachfolgers und eines Einzelnachfolgers nicht besitzen. Der heutige Erblasser macht vielmehr zwischen den Worten „ich setze ihn zum Erben ein“ und „ich vermache ihm“ keinen scharfen Unterschied. So wenig als heute der Gebrauch des Wortes Erbe verlangt wird, um einen Gesamtnachfolger zu bezeichnen, ebensowenig kann man auch aus der blosen Anwendung des Wortes auf die Absicht des Testators einen Gesamtnachfolger bezeichnen zu wollen schliessen.[90])

Daraus, dass nach deutschen Rechtsbegriffen die gesetzliche Erbfolge als die regelmässige Einrichtung angesehen wird,[91]) erklärt es sich, dass allgemein Verfügungen über

[88]) Seite 54.

[89]) Hier nämlich wären (abgesehen von der grundsätzlich verschiedenen Behandlung der Soldatentestamente) die dem Freigelassenen bezw. dem Titius iure legati zufallenden mütterlichen und väterlichen Güter Gegenstand von gültigen Universalfideikommissen und die Worte daher im Sinne des Cuiacius zu interpretieren.

[90]) § 73 des Entwurfs bestimmt daher: Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.

[91]) Vergl. oben Anm. 8.

bestimmte Vermögensobjekte nur als Ergänzung zur Intestaterbfolge, lediglich als Anordnung von Vermächtnissen, betrachtet werden.

Bei der Frage, ob heutzutage in der institutio ex re certa eine Erbeseinsetzung oder eine Vermächtniszuwendung zu erblicken sei, giebt deshalb der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich in § 1788 Abs. 2 die richtige Antwort:

„Sind dem Bedachten nur ein oder mehrere Vermögensgegenstände zugewendet, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Erblasser, auch wenn er den Bedachten als Erben bezeichnet hat, eine Erbeseinsetzung nicht gewollt habe.“

Literatur.

Commentationes Jacobi Cuiacii in lib. VI. Respons. Papin. edit. Neap. IV, S. 1046 ff;

Jac. Cuiacii commentarius ad titulum de heredibus instituendis edit. Neap. I, S. 1104 und 1105.

H. Donelli, comment. iur. civ. lib. VI, cap. 18, §§ 18—22.

v. d. Pfordten, de praelegatis, Erlangen 1832.

Rosshirt, Die Lehre von den Vermächtnissen nach röm. Rechte, Heidelberg 1835.

Buchholtz, Lehre von den Prälegaten, Jena 1850.

„ Zur Lehre von den Wechsellegaten in Sells Jahrbüchern, Band III.

Neuner, heredis institutio ex re certa, Giessen 1853.

Padeletti, Die Lehre von der Erbeinsetzung ex re certa, Berlin 1870.

Kretschmar, Natur des Prälegats, Leipzig 1874.

Kuntze, Ueber die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke, 2 akademische Programme, Leipzig 1875.

Schwing, Zur Lehre von der heredis institutio ex re certa, Stralsund 1875.

Glücks Erläuterungen der Pandekten, Bd. 40 und 47.

Hunger, Im deutschen corpus iuris, Bd. III.

Löhr, Ueber die institutio ex re certa in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, Bd. 19.

Archiv für zivilistische Praxis, Bd. IV, S. 442 ff. (v. Lindelow); Bd. 47 Einrechnung in den Anteil des Erben bei der quarta Falcidia und Trebelliana (Dernburg); Bd. 51 über heredis institutio ex re certa (Mandry).

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. V, Berlin 1885.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1888.

Kretschmar, Erbrechtliche Kompensationen in der Festgabe der Giessener Juristenfakultät für Rudolf v. Jhering, Leipzig 1892.

Pandektenlehrbücher von Vangerow Bd. II, Windscheid Bd. III, Brinz Bd. III, Dernburg Bd. II.